DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

Rassegna on line

Fascicolo n. 2/2017
ISSN 2421-0528

SOMMARIO*

Irene Tricomi – *Parametri costituzionali e non manifesta infondatezza nell'ordinamento multilivello* (p. 2)

Daniela Mone – *Bambini e madri in carcere. Il rapporto detenute madri e figli fra esigenze di sicurezza sociale umana e diritti del bambino* (p. 25)

Luigi Labruna e Franco Roberti – *Francesco Lucarelli. Il diritto come impegno civico*, Atti della Giornata in ricordo di Francesco Lucarelli, *Il diritto come impegno civico*, Napoli 24 ottobre 2017, Aula magna Storica, Università degli Studi di Napoli Federico II (p. 42)

Luigi Labruna – *Il percorso di giurista di Francesco Lucarelli* (p. 42)

Franco Roberti – *Francesco Lucarelli. Il diritto come impegno civico* (p. 52)

Giacomo Palombino – *Ergastolo ostativo e funzione "variabile" della pena: una prospettiva costituzionale ed europea* (p. 59)

Giovanni Luchena e Raffaele Manfrellotti – *Profili giuridici della bandiera tra modello costituzionale e ordinamento comunitario* (p. 77)

Notizie sugli autori (p. 93)

*Secondo la data di pubblicazione.

PARAMETRI COSTITUZIONALI E NON MANIFESTA INFONDATEZZA NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO*.

di Irene Tricomi**

Sommario. 1. Il rapporto tra Giudice comune e Corte costituzionale nell'ordinamento giuridico multilivello. 2. La delibazione di non manifesta infondatezza. 3. Parametro di giudizio, *thema decidendum*, motivazione sulla non manifesta infondatezza. 4 I principi supremi. 4.1. I cd. controlimiti: principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana. 4.2. I principi costituzionali enucleati in via interpretativa dalla Corte costituzionale: ragionevolezza, legalità, affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici. 5. Il parametro interposto.

1. Il rapporto tra Giudice comune e Corte costituzionale nell'ordinamento giuridico multilivello.

Il sistema di accesso alla giustizia costituzionale rimette al Giudice un ruolo di forte responsabilità, sia rispetto alle istanze delle parti nel giudizio principale, in ragione della sospensione del giudizio in corso, sia rispetto alla collettività, attesi gli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale[1], e richiede una collaborazione tra Giudice comune e Corte costituzionale nella fase della proposizione della questione, nonché nella fase dell'attuazione delle pronunce costituzionali.

Il Giudice comune, nel modello accentrato di giustizia costituzionale con accesso in via incidentale[2], opera una sorveglianza, nel tempo, sulla legittimità delle leggi, ben potendo anche offrire argomenti, in ragione dei mutamenti dell'ordinamento giuridico e del

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. L'articolo riprende, con modifiche ed integrazioni, il testo della relazione tenuta dalla dott.ssa Irene Tricomi alla Corte costituzionale il 22 giugno 2017 su "L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale", nell'ambito del corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura "Giudice comune e Corte costituzionale".

** Consigliere della Corte Suprema di Cassazione.

[1] Sul peculiare profilo degli effetti delle pronunce della Corte costituzionale nel tempo, si v. I. Nasso, *La Corte costituzionale: guardiana (ragionevole) del tempo o fredda ragionatrice? Riflessioni sul potere di modulazione* quoad tempus *degli effetti delle sentenze di incostituzionalità*, in A.A. V.V., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016.

[2] Sull'accesso in via incidentale ai giudizi della Corte costituzionale, cfr. R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006; M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.

momento storico sociale, nonché dell'evoluzione nell'interpretazione dei valori costituzionali, per riesaminare questioni già sottoposte al vaglio del Giudice delle Leggi.

Come noto, diversi sono i casi e le pronunce che si possono ricordare, sintomatici di mutamenti di orientamento su medesime questioni a distanza di anni.

Il divieto di accesso delle donne a tutti gli uffici pubblici, e quindi alla Magistratura, venne superato con la sentenza n. 33/60, dopo che la pronuncia n. 56/58 aveva rigettato la questione.

La sentenza n. 126/68 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 559 del codice penale che puniva soltanto la moglie adultera e non il marito.

Così è accaduto anche nel caso del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario disciplinato dall'art. 222 del codice penale, norma della quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale[3] con la sentenza n. 253/03, dopo che la medesima disposizione aveva già costituito oggetto di numerose pronunce di non fondatezza o inammissibilità a partire dal 1967.

Da ultimo, si può ricordare che, con la sentenza n. 286/16, la Corte ha affermato il diritto dei coniugi di comune accordo alla trasmissione ai figli anche del cognome materno, al momento della nascita, o in caso di adozione, in ragione del processo di valorizzazione del diritto all'identità personale.

Oggi la partecipazione del Giudice comune al sistema di giustizia costituzionale si caratterizza, in ragione della pluralità di fonti sovranazionali che connotano l'ordinamento giuridico multilivello, per il rilevante ruolo che lo stesso è chiamato a svolgere nella individuazione e costruzione dei parametri costituzionali complessi, in relazione ai quali la violazione della Costituzione deve essere prospettata, per il tramite dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, per come alcune disposizioni costituzionali, avendo riguardo alla fattispecie oggetto del giudizio principale, sono integrate dal diritto eurounitario e convenzionale

[3] Cfr. Corte cost., s.n. 253/2003: «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

La questione dell'adeguamento dell'ordinamento interno all'insieme delle tutele multilivello sovranazionali rappresenta, infatti, un tema di rilevante complessità quando non sia possibile seguire il percorso dell'interpretazione adeguatrice[4].

Proprio il Giudice comune, chiamato a garantire un'applicazione effettiva ed omogenea della normativa dell'Unione europea, anche come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE), contribuisce a promuovere quello che viene indicato come dialogo tra le Corti[5], come testimoniano le complesse ordinanze di rimessione con cui sono state sollevate rilevanti questioni e le relative pronunce del Giudice delle Leggi.

Nel trattare la questione dei crimini internazionali e dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dei Tribunali italiani (Corte costituzionale, sentenza n. 238/14)[6], la Corte ha affermato che, benché l'interpretazione da parte della Corte internazionale di

[4] Sull'interpretazione costituzionalmente orientata si vede da ultimo la sentenza della Corte cost. n. 42/17, cons. dir. 2.2., ove si afferma, circoscrivendo, rispetto al precedente orientamento, l'ambito della stessa: «se, dunque, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), (…), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettarne un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile», con nota di R. Romboli, in *Foro it*., n. 4/2017.

[5] Il rapporto tra gli ordinamenti giuridici nazionale e sovranazionale e la tutela dei diritti garantita dalle relative Corti costituisce oggetto di riflessione in dottrina; cfr. A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia e E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè; ma anche S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 3/2007; M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007; S. Bartole, *Costituzione e costituzionalismo nella prospettiva sovranazionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009; A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, F. Dal Canto e M.E. Gennusa (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino, Giappichelli, 2011; M. Cartabia e M. E. Gennusa, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2011; M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.; F. Patroni Griffi, *Convergenze tra le Carte e criticità tra le Corti nel dialogo tra Giudici supremi*, in *federalismi.it.*, n. 12/2017.

[6] R. Bin, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sentenza n. 238/2014*, in *Forum* di Quaderni costituzionali, 2016; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum* di Quaderni costituzionali, 2014; C. Pinelli, *Diritto alla difesa e immunità degli Stati dalla giurisprudenza straniera sul risarcimento per danni da crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Giur. cost*., n. 5/2014; A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in Consulta *on line*, 2014; T. Groppi, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in Consulta *on line*, 2015; A. Ruggieri, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali possibili "seguiti" della 238 del 2014*, in Consulta *on line*, 2015; G. Silvestri, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015; P. Veronesi, *"Stati alla sbarra"? Dopo la sentenza costituzionale n. 238 del 2014*, in Quad. cost., n. 3/2016.

giustizia della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti ritenuti *iure imperii* sia un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa la Corte medesima, tuttavia, il sacrificio totale alla tutela giurisdizionale dei diritti delle vittime per i danni derivanti da crimini di guerra (nella specie commessi, almeno in parte, *iure imperii* dal Terzo Reich) si pone in contrasto con il principio fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disciplina dei contratti a termine dei docenti e del personale amministrativo tecnico e ausiliario (sentenza n. 187/16)[7], la Corte ha rivendicato a sé la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ritenendo la propria legittimazione ad effettuare, anche nei giudizi in via incidentale, il rinvio pregiudiziale alla CGUE. Di tale istituto la Corte si è nuovamente avvalsa nel giudizio incidentale relativo agli effetti della sentenza della Grande Sezione della CGUE, 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco (Corte costituzionale, ordinanza n. 24/17)[8].

Vede coinvolte la giurisdizione nazionale di legittimità e la Corte europea dei diritti dell'uomo la questione relativa alle modalità di determinazione delle pensioni in ordine ai contributi versati dai lavoratori italiani che hanno prestato lavoro nella Confederazione elvetica (Corte costituzionale, sentenze n. 172/08 e n. 264/12, n. 166/17)[9]. Nel dirimere la

[7] I. Carlotto, *Circuiti virtuosi: la vicenda dei precari della scuola tra Corti e legislatore*, in *Quad. cost.*, n. 4/2016; R. Romboli, *nota alla sentenza Corte cost. n. 187 del 2016*, in *Foro it.*, 1/2016.

[8] F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in Consulta *on line*, 2017; A. Laurito, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.*, n. 2/2017; M. Luciani, "Intelligenti pauca*". Il Caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale A.I.C.*, n. 1/2017; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in Consulta *on line*, n. 1/2017.

[9] La Corte con la recente sentenza n. 166/17 nel dichiarare inammissibile la questione ha, tuttavia, affermato che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo con la "sentenza Stefanetti" che ha ravvisato (sia pur con l'opinione dissenziente di due suoi componenti) un contrasto dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006 – che prevede che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo – con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU.

questione, la Corte ha posto in evidenza che il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti (complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata), cioè con altre norme costituzionali, che, a loro volta, garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale − elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea − deve essere sempre presente nelle valutazioni della Corte costituzionale, 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[10].

Da ultimo, la Corte ha vagliato il rapporto tra pronuncia della Corte EDU e stabilità del giudicato amministrativo, affermando che nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore (Corte costituzionale sentenza n. 123/17).

Naturalmente, il Giudice comune, nella elaborazione dei parametri complessi, deve confrontarsi con la giurisprudenza costituzionale che, nel tempo, ha concorso a definire le regole del giudizio incidentale e ha posto in luce la pluralità di criteri di giudizio che sono racchiusi nella espressione "parametro costituzionale", come correntemente utilizzata, che sarà esaminata nel corso della trattazione.

Tra i diversi scritti che hanno vagliato i profili costituzionali che vengono in rilievo con riguardo alla vicenda "pensioni svizzere", si segnalano, G. Amoroso, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro it.*, n. 1/2013; F. Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenze nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, n. 6/2012; G. Turatto, *"Le pensioni svizzere" sullo sfondo delle tensioni tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'Uomo e l'interlocuzione della Corte di cassazione*, in *Europeanrights.eu*, 2015.

[10]In tali termini si è espressa la citata sentenza n. 264/12. Con la recente sentenza n. 166/17, la Corte costituzionale ha escluso che il *novum* della "sentenza Stefanetti" evidenzi un profilo di incompatibilità, con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, che sia riferito, o comunque riferibile, alla disposizione nazionale in esame, in termini che ne comportino, per interposizione, il contrasto – nella sua interezza – con l'art. 117, primo comma, Cost., come prospettato dal giudice *a quo*.

2. La delibazione di non manifesta infondatezza.

Per essere sollevata, la questione in via incidentale, ai sensi dell'art.1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, che reca "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale", deve essere «non ritenuta dal giudice manifestamente infondata».

Dunque, come è evidente, mentre la rilevanza, nell'attenere allo specifico caso in cui deve pronunciarsi il giudice, si volge al giudizio principale, la non manifesta infondatezza va oltre il limite del giudizio *a quo*, in quanto tende ad una finalità che va al di là dell'incidenza sul singolo concreto processo.

I rapporti tra Corte costituzionale (art. 134 e ss. Cost.) e Giudice comune (art. 101 e ss. Cost.) intercorrono tra due poteri distinti.

Il giudizio di rilevanza e la delibazione di non manifesta infondatezza appartengono alla competenza rimessa all'Autorità giudiziaria: tuttavia, nel momento in cui l'ordinanza di rimessione introduce il giudizio costituzionale, la stessa è oggetto di un vaglio di validità che la Corte costituzionale svolge nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice rimettente[11].

La pronuncia del giudice *a quo* sulla non manifesta infondatezza della questione, forma oggetto dell'esame della fondatezza della questione e resta in questo assorbito. Così, la sentenza n. 93/64 ha affermato: «[…] L'apprezzamento delle ragioni che il giudice *a quo* pone a base del suo convincimento forma invece oggetto dell'esame della fondatezza della questione che, al fine della decisione sul dedotto contrasto fra le norme denunziate a norme della Costituzione, è devoluto alla Corte costituzionale».

[11] C. Lavagna, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milano, Giuffrè 1957; F. Pizzetti e G. Zagrebelsky, *"Non manifesta infondatezza" e "rilevanza" nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1972; V. Angiolini, *La manifesta infondatezza nei giudizi costituzionali*, Padova, Cedam, 1988; M. Luciani, *La non manifesta infondatezza come caratteristica oggettiva della questione di costituzionalità (nota a ord. n. 425 del 1992)*, in *Giur. cost.*, 1992; R. Romboli, *Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamento in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Torino, Giappichelli, 2014; G. Amoroso e G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2015; E. Malfatti, S. Panizza e R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016; A. Ruggeri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

Proprio in ragione dei diversi ambiti di competenza, la eventuale divergenza è solo apparente, in quanto Giudice comune e Corte costituzionale si muovono ciascuno nell'ambito della propria sfera interpretativa.

Dunque, una pronuncia di non fondatezza, o anche di inammissibilità, in relazione a questioni poste, comunque, in modo tecnicamente corretto, non indicano un esercizio inadeguato della funzione rimessa al Giudice comune, perché a fronte dell'esito negativo della sperimentazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata e del dubbio di costituzionalità, sollevare la questione di costituzionalità è funzionale al sistema di giustizia costituzionale voluto dal Costituente ed è doveroso, così come spetta alla Corte effettuare il vaglio di costituzionalità attribuitogli dalla Carta fondamentale.

Così, la recente sentenza n. 111 del 2017, nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate in relazione alla disciplina della diversa età pensionale degli uomini e delle donne, ha riportato l'attenzione sul ruolo centrale che ha il Giudice comune nel garantire un'applicazione effettiva ed omogenea della normativa dell'Unione europea, anche come interpretata dalla CGUE.

Il vaglio di non manifesta infondatezza non è precluso al Giudice da una precedente sentenza costituzionale di non fondatezza, che conforma l'interpretazione del rimettente dovendo quest'ultimo applicare la legge, salvo la possibilità di riproporre la questione.

In tale senso, è interessante richiamare la giurisprudenza di legittimità sugli effetti delle sentenze interpretative di rigetto. La Cassazione, a Sezioni Unite civili, con la sentenza n. 27986/13, ha affermato che «Il vincolo che deriva, sia per il giudice *a quo* sia per tutti gli altri giudici comuni, da una sentenza interpretativa di rigetto, che − com'è noto, secondo il diritto positivo, non è assistita dall'efficacia vincolate *erga omnes*, di cui all'art. 136 Cost., primo comma, e legge n. 87 del 1953, art. 30, comma 3 −, è soltanto negativo […]. Vincolo soltanto negativo inoltre, tale da non precludere la possibilità di seguire, nel processo *a quo* o in altri processi, terze interpretazioni ritenute compatibili con la Costituzione, oppure di sollevare nuovamente, in gradi diversi dello stesso processo *a quo* o in un diverso processo, la questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione oggetto della pronuncia interpretativa proprio sulla base della interpretazione − ritenuta corretta o l'unica possibile − rifiutata dalla Corte costituzionale la quale giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni, eventualmente evocando anche parametri costituzionali diversi da quello precedentemente indicato e scrutinato».

3. Parametro di giudizio, *thema decidendum*, motivazione sulla non manifesta infondatezza.

Il parametro di giudizio[12], come individuato dal giudice *a quo*, nonché le ragioni del vaglio di non manifesta infondatezza, concorrono a determinare il *thema decidendum* in uno alle disposizioni impugnate, e a sostanziare la questione di legittimità costituzionale.

La determinazione dei parametri costituzionali e le ragioni della non manifesta infondatezza individuano la questione sulla quale la Corte costituzionale è chiamata a decidere rispettando il principio del rapporto tra chiesto e pronunciato.

Ai sensi dell'art. 27, primo periodo, della legge n. 87 del 1953, la Corte dichiara quali sono le disposizioni legislative illegittime, nei limiti dell'impugnazione; il secondo periodo dell'art. 27 da ultimo citato prevede, tuttavia, che «essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata».

Da ultimo, si può ricordare che ha fatto applicazione di detta disposizione la sentenza della Corte costituzionale n. 93/17, così statuendo: «ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 […], la dichiarazione di illegittimità costituzionale va estesa, in via consequenziale, all'art. 5, comma 6, della legge regionale impugnata […]. L'annullamento di quest'ultima disposizione [n.d.r., art. 4, comma 7, della legge reg. Sicilia n. 19 del 2015] rende infatti inapplicabile il citato art. 5, comma 6».

Si può osservare come il rimettente debba procedere alla autonoma individuazione dei parametri e delle ragioni della non manifesta infondatezza.

Se ritiene di sollevare questione di legittimità costituzionale che sia stata prospettata dalle parti, il giudice *a quo* deve effettuare una autonoma valutazione sulla non manifesta infondatezza e sulla individuazione dei parametri che si assumono lesi, come espressamente enunciato dalla giurisprudenza costituzionale.

---

[12] A.A. V.V., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità, Atti del Seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, a cura di G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde, Giappichelli, Torino, 2000; Francesco Del Canto, *Il parametro in senso stretto*, in *50 anni Corte costituzionale*, cit. Nello stesso volume: Antonio Ruggeri, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*; Roberto Romboli, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione adeguatrice e l'applicazione diretta)*.

Come ricordato dalla sentenza n. 236/11[13], la carente motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione non può essere colmata dal rinvio al contenuto di altre ordinanze di rimessione, dello stesso o di diverso giudice, dovendo il rimettente rendere esplicite le ragioni per le quali ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata, mediante una motivazione autonoma e autosufficiente.

I parametri costituzionali "suggeriti" dalle parti nel giudizio *a quo*, e che siano stati disattesi dal rimettente non possono essere "recuperati" dalle parti stesse, che si siano costituite nel giudizio incidentale di costituzionalità[14].

Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti dell'ordinanza di rimessione, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti, ma non fatti propri dal giudice *a quo*, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente, una volta che si siano costituite nel giudizio incidentale di costituzionalità[15]. Naturalmente, la

[13] cfr., *Ex multis*, Corte cost., s. n. 103/07 e s. n. 266/06; o, ancora, Corte cost., ordd. n. 321/10 e n. 75/07.

[14] Cass., penale, n. 46775/15 «È inammissibile, in forza del principio di tassatività delle impugnazioni, il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza che dichiara irrilevante una questione di legittimità costituzionale, dovendosi comunque escludere che il provvedimento censurato abbia i caratteri dell'atto abnorme, non avendo natura decisoria, né la possibilità di paralizzare lo sviluppo processuale».
Cass., civile, n. 25343/14 «Non può costituire motivo di ricorso per cassazione la valutazione negativa del giudice di merito circa la rilevanza e la non fondatezza di una questione di legittimità costituzionale, perché il relativo provvedimento (benché eventualmente ricompreso, da un punto di vista formale, in una sentenza) ha carattere puramente ordinatorio, essendo riservato il relativo potere decisorio alla Corte costituzionale, e, d'altra parte, la stessa questione può essere riproposta in ogni grado di giudizio. Tuttavia, si deve presumere che le doglianze relative alle deliberazioni assunte dal giudice di merito sulla questione di legittimità costituzionale non si presentino come fine a se stesse, ma abbiano funzione strumentale in relazione all'obiettivo di conseguire una pronuncia più favorevole di quella resa con la sentenza impugnata, e che, quindi, l'impugnazione investa sostanzialmente, sia pure in forma ellittica, il capo o il punto della sentenza regolato dalla norma giuridica la cui costituzionalità è contestata». Cass., penale, 5838/13 «L'ordinanza che ha dichiarato la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale non è impugnabile. (In motivazione, la S.C. ha precisato che la questione può, peraltro, essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo)». Cass., civile, n. 17224/10 «Il vizio di motivazione ex art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ, può essere proposto con riferimento all'accertamento ed alla valutazione dei fatti, effettuati dal giudice di merito, ma non con riguardo ad una questione di legittimità costituzionale, che costituisce una questione di diritto che può essere sollevata d'ufficio dalla Corte di Cassazione, ove non sia ritenuta manifestamente infondata, quali che siano i difetti formali nei quali sia incorso il giudice di merito nella sua argomentazione». Cass., civile, n. 16245/03 «Il motivo di ricorso per cassazione non può risolversi nella mera critica della pronuncia impugnata, per la ritenuta irrilevanza ovvero manifesta infondatezza della sollevata questione di legittimità costituzionale, giacché la questione di costituzionalità di una norma per un verso non può costituire unico e diretto oggetto del giudizio, e per l'altro verso può sempre essere proposta, o riproposta, dalla parte interessata, oltre che rilevata d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, purché essa risulti rilevante, oltre che non manifestamente infondata, in connessione con la decisione di questioni sostanziali o processuali che siano state ritualmente dedotte nel processo».

[15] cfr., *ex multis*, Corte cost., s. n. 276/16, s. n. 203/16, s. n. 56/15, s. n. 271/11, s. n. 236/09, s. n. 56/09 e s. n. 86/08.

questione di costituzionalità deve essere sollevata assumendo la lesione del c.d. parametro costituzionale.

Per parametro di giudizio costituzionale si intende il termine di confronto indicato nel giudicare della legittimità costituzionale degli atti legislativi.

Una piccola notazione storica, a riprova dell'evoluzione della nozione di parametro in ragione dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale.

L'uso del termine parametro costituzionale, che è nozione più ampia e distinta da quella di disposizione, norma[16], principio costituzionale, non è stato immediato da parte della Corte costituzionale, facendosi a lungo, tranne qualche eccezione, riferimento a principi o a norma costituzionale assunta a parametro[17].

Il parametro di legittimità costituzionale è costituito in primo luogo dalle disposizioni costituzionali e dalle leggi costituzionali, le quali integrano il parametro diretto di valutazione della legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge.

La Corte costituzionale non ha escluso il valore di parametro alle cc.dd. norme programmatiche.

Così la sentenza n. 1/56, oltre ad affermare la competenza della Corte a giudicare sulle questioni di legittimità costituzionale delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione, ha statuito che «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di

[16] Il riferimento è alle espressioni come ricorrono in generale nella giurisprudenza, senza che si intenda affrontare la complessa questione dell'inquadramento dogmatico, in termini o meno di autonomia, della disposizione e della norma.

[17] Da una lettura cronologica delle pronunce della Corte costituzionale si rileva come non sia stata utilizzata subito *tout court* l'espressione parametro costituzionale, alla quale si è prevenuti dopo avere fatto riferimento a principi (s. n. 33/58, s. n. 73/63, s. n. 25/66), o a norme assunte a parametro (s. n. 1569, s. n. 172/70, s. n. 156/71).

questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione»[18].

Nel corso del tempo si è avuto un arricchimento della categoria del parametro di giudizio costituzionale e, forse, proprio la maggiore complessità del parametro di giudizio e la non più esaustività del *dictum* espresso delle norme costituzionali ha determinato l'evoluzione terminologica alla quale sopra si è fatto cenno.

Prassi e consuetudine sono venute in rilievo in poche pronunce.

Si richiamano, in proposito la sentenza n. 7/96[19] sul caso della mozione di sfiducia al Ministro della giustizia, e la sentenza n. 287/97 sull'istituto della *prorogatio* delle Camere.

4. I principi supremi.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 1146/88 ha affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»[20].

Il richiamo ai principi supremi si rinviene in diverse altre pronunce del Giudice delle Leggi.

[18] La Corte dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 113 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza approvato con decreto 18 giugno 1931, n. 773.

[19] Nella sentenza n. 7/96 si legge: «A questi elementi - quando siano in armonia con il sistema costituzionale, come nel caso di specie - non può non essere riconosciuto grande significato, perché contribuiscono ad integrare le norme costituzionali scritte e a definire la posizione degli organi costituzionali, alla stregua di principi e regole non scritti, manifestatisi e consolidatisi attraverso la ripetizione costante di comportamenti uniformi (o comunque retti da comuni criteri, in situazioni identiche o analoghe): vale a dire, nella forma di vere e proprie consuetudini costituzionali».

[20] N. Zanon, *Premesse introduttive ad uno studio sui "Principi supremi" d'organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, n. 4/1998, 4; S. Panizza, *La autolegittimazione ricavata dalla Corte costituzionale in forza della "scoperta" dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2016.

Così la sentenza n. 221 del 2015[21] che ha escluso la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali, ha affermato che tale esclusione «appare il corollario di un'impostazione che − in coerenza con supremi valori costituzionali − rimette al singolo la scelta delle modalità attraverso le quali realizzare, con l'assistenza del medico e di altri specialisti, il proprio percorso di transizione, il quale deve comunque riguardare gli aspetti psicologici, comportamentali e fisici che concorrono a comporre l'identità di genere».

La sentenza n. 238/14, intervenuta sulla questione della immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, ha affermato che «[…] proprio con riguardo ad ipotesi di immunità dalla giurisdizione degli Stati introdotte dalla normativa internazionale, questa Corte ha riconosciuto che nei rapporti con gli Stati stranieri il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale possa subire un limite ulteriore rispetto a quelli imposti dall'art. 10 Cost. Ma il limite deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale[…]; inoltre la norma che stabilisce il limite deve garantire una rigorosa valutazione di tale interesse alla stregua delle esigenze del caso concreto […]».

Tra i principi supremi va ricompreso il principio di laicità dello Stato.

Con la sentenza n. 203/89 la Corte ha affermato che «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» hanno «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale». Pertanto la Corte non può esimersi dall'estendere la verifica di costituzionalità alla normativa denunziata, essendo indubbiata di contrasto con uno dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, dati i parametri invocati, artt. 2, 3 e 19. In particolare, nella materia vessata, gli artt. 3 e 19 vengono in evidenza come valori di libertà religiosa nella duplice specificazione di divieto: a) che i cittadini siano discriminati per motivi di religione; b) che il pluralismo religioso limiti la libertà negativa di non professare alcuna religione. «I valori richiamati concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 della

[21] L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015.

Costituzione), a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica».

Occorre rilevare che nell'ambito dei principi enunciati dalle disposizioni costituzionali stesse viene posto in evidenza un nucleo essenziale dei principi medesimi.

Tale nucleo indefettibile opera nella comparazione tra i diversi interessi costituzionalmente garantiti, e dunque tra i diversi parametri costituzionali, che possono venire in rilievo contestualmente. Di ciò deve tener conto il giudice rimettente nel vaglio di non manifesta infondatezza.

In proposito, nella sentenza n. 275/16 si afferma che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, atteso che è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo (art. 81 della Costituzione) a condizionarne la doverosa erogazione.

Nella sentenza n. 203/16 si è ritenuto che le riduzioni della spesa complessiva disposte dalla norma impugnata erano relativamente esigue, tanto da non incidere sul diritto alla salute dei cittadini al punto tale da comprimere il suo nucleo irriducibile, né da palesare che l'opera di bilanciamento perseguita dal legislatore, al fine di conseguire l'obiettivo di risparmio, avesse irragionevolmente commisurato la concreta attuazione del diritto alla salute alle risorse esistenti e al rispetto dei vincoli di bilancio pubblico.

Con la sentenza n. 173/16, nell'esaminare la questione del contributo di solidarietà posto a carico di alcuni trattamenti pensionistici, si è statuito che «il prelievo [sulle pensioni], per essere solidale e ragionevole, e non infrangere la garanzia costituzionale dell'art. 38 Cost. (agganciata anche all'art. 36 Cost., ma non in modo indefettibile e strettamente proporzionale: sentenza n. 116 del 2010), non può, altresì, che incidere sulle pensioni più elevate; parametro, questo, da misurare in rapporto al nucleo essenziale di protezione previdenziale assicurata dalla Costituzione, ossia la pensione minima».

4.1. I cd. controlimiti: principi fondamentali e diritti inalienabili della persona umana.

Costituiscono controlimiti all'ingresso nell'ordinamento interno delle norme eurounitarie, e delle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretate dalla Corte EDU, specificamente istituita per dare ad essa interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione), i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana.

Si può, altresì ricordare che, come ribadito nella sentenza della Corte costituzionale n. 49/15, «Ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo […] resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata».

Sui cd. controlimiti[22], si ricorda il *leading case* costituito dalla sentenza n. 183/73, con cui la Corte ha affermato che «in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana».

Sono poi seguite le cd. sentenze gemelle n. 348/07 e 349/07, con cui si è affermato che qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è indefettibile, al fine di evitare che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in ragione di una disposizione sub-costituzionale, a propria volta in contrasto con la Costituzione.

[22] M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini, cit.; Antonio Ruggeri, Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 1/2010; M. Branca, *Il punto sui controlimiti*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2014.

È recente l'ordinanza n. 24/17 con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale[23] alla CGUE sull'interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e della sentenza CGUE, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, Taricco[24].

La CGUE ha affermato che l'art. 325 del TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

I rimettenti, nel sollevare le questioni di costituzionalità, dubitano che questa soluzione sia compatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, espressi dagli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale.

Questo principio comporta che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti commessi quando esse erano già in vigore. Secondo i giudici rimettenti, invece, la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, del codice penale, che concerne anche le condotte anteriori alla data di pubblicazione della sentenza resa in causa Taricco, determina un aggravamento del regime della punibilità di natura retroattiva. Mancherebbe, inoltre, una normativa adeguatamente determinata, perché non è chiarito, né quando le frodi devono ritenersi gravi, né quando ricorre un numero così considerevole di casi di impunità da imporre la disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma, e 161,

[23] Si tratta del secondo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte costituzionale in un giudizio incidentale, il primo è stato disposto con l'ordinanza n. 207/13.
In precedenza, nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale, il rinvio pregiudiziale è stato disposto con l'ordinanza n. 103 del 2008.

[24] I giudici *a quibus* procedono per frodi fiscali, punite dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, e attinenti alla riscossione dell'IVA, che reputano gravi e che sarebbero prescritte ove si dovessero applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., mentre nel caso contrario i giudizi si potrebbero concludere con una pronuncia di condanna.

secondo comma, del codice penale, cosicché la relativa determinazione viene rimessa al giudice[25].

4.2. I principi costituzionali enucleati in via interpretativa dalla Corte costituzionale: ragionevolezza, legalità, affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici.

La giurisprudenza costituzionale ha enucleato come distinti canoni del sindacato di costituzionalità anche alcuni "principi", che si ritrovano riportati nei dispositivi delle pronunce della Corte[26], e costituiscono veri e propri parametri costituzionali.

Il complesso principio di ragionevolezza[27] è stato, nel tempo, distinto dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

L'autonomia del principio di ragionevolezza rispetto al principio di eguaglianza, e dei relativi giudizi, viene in rilievo in modo evidente laddove l'art. 3 Cost. viene dedotto congiuntamente sotto il profilo della disparità di trattamento e sotto il profilo della ragionevolezza, e la Corte statuisce in maniera distinta per ciascuno dei profili.

Così, nella sentenza n. 220/05, si legge che «non c'è dubbio, in particolare, che la modulazione della misura dell'indennità [dei giudici onorari aggregati] in funzione inversa rispetto al reddito dell'avente diritto non è di per sé lesiva dell'art. 3 della Costituzione, né sotto il profilo della ragionevolezza né con riferimento al principio di eguaglianza, essendo quello reddituale elemento di per sé idoneo a diversificare le situazioni soggettive degli aventi diritto ad una prestazione economica di natura indennitaria».

---

[25] Si veda, per la compiuta lettura delle questioni, Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

[26] Corte cost., s. n. 200/12, con cui «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 10, del decreto-legge n. 138 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, proposta dalle Regioni Emilia-Romagna e Umbria in riferimento al principio di legalità sostanziale, all'art. 117 Cost. e al principio di leale collaborazione»; sentenza n. 32/09 «dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della medesima legge regionale n. 11 del 1999, sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione e al principio di legalità sostanziale, con l'ordinanza indicata in epigrafe»

[27] C. Lavagna, R*agionevolezza e legittimità costituzionale, in Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, ESI, 2007; E. Giorgini, *Fisionomie di ragionevolezza nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di cassazione: un possibile dialogo*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit.; F. Maisto, *La Corte costituzionale e il sindacato di ragionevolezza sulla retroattività delle norme civilistiche*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit.

La Corte costituzionale ha definito la ragionevolezza come "razionalità pratica". La sentenza n. 172/96 ha affermato che ancora più marcata è la violazione dell'art. 3 della Costituzione sotto il profilo del principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza.

Nell'ambito dell'art. 3 Cost., quindi, coesistono un principio di razionalità formale, quale principio logico di non contraddizione, ed un principio di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza[28].

Attraverso il riferimento a detto parametro si sottopone alla Corte il vaglio sull'eventuale eccesso di potere legislativo, accertando la legittimità della disposizione impugnata alla luce dei canoni di razionalità e congruità, sia sotto il profilo della intrinseca coerenza che della compatibilità con il sistema normativo nel suo complesso, ovvero quello del bilanciamento tra diversi principi costituzionali compresenti nella fattispecie in esame.

In tal senso, è significativa la sentenza n. 85/13 – sul caso Ilva di Taranto – che afferma come «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri». La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264/12). «Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra princìpi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. […] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri

[28] Richiama la definizione, la sentenza della Corte costituzionale n. 113/15: «l'art. 45 del d.lgs. n. 285 del 1992 collide con il «principio di razionalità, sia nel senso di razionalità formale, cioè del principio logico di non contraddizione, sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza». La sentenza è annotata da I. Rivera, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum* di Quaderni costituzionali, 2016.

di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»[29].

La recente sentenza n. 96/15 ha fatto applicazione del principio di ragionevolezza nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme che consentivano alle sole coppie sterili o infertili l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, affermando che «la normativa denunciata costituisce, pertanto, il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento – ed è lesiva del diritto alla salute della donna fertile portatrice (ella o l'altro soggetto della coppia) di grave malattia genetica ereditaria – nella parte in cui non consente, e dunque esclude, che, nel quadro di disciplina della legge in esame, possano ricorrere alla PMA le coppie affette da patologie siffatte, adeguatamente accertate, per esigenza di cautela, da apposita struttura pubblica specializzata»[30].

Come posto in evidenza dalla dottrina, la ragionevolezza realizza la massima espansione possibile del parametro di costituzionalità, poiché il sindacato di legittimità costituzionale si pone in prossimità del limite sancito dall'art. 28 della legge 87 del 1953, che distingue legittimità e merito, e così sancisce: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Sul punto possono essere ricordate la sentenza n. 158/75: «Tutto ciò si inquadra nei poteri propri del legislatore, che implicano valutazioni di natura politica il cui sindacato non può spettare alla Corte costituzionale», e, ancor prima, la sentenza n. 28/57 secondo cui non spetta alla Corte esercitare «[…] un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Come è stato osservato, il limite, chiaro sotto un profilo teorico, appare, però, difficile da definire sul piano concreto, come nei casi in cui il sindacato di ragionevolezza si svolge anche facendo ricorso a concetti valoriali esterni all'ordine giuridico.

Il principio di legalità viene affermato significativamente con la sentenza n. 15/69. Nella stessa si afferma che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi statali e regionali, il parere obbligatorio e vincolante sulle richieste di referendum abrogativo, la risoluzione dei

[29] M. Massa, *Giurisdizione, bilanciamento, incertezza. La dottrina di Gaetano Silvestri e la sentenza sul caso Ilva*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit.

[30] Sui temi all'esame della Corte: A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni e tra Regioni, i giudizi in sede penale sulle accuse contro il Presidente della Repubblica e i Ministri, devono essere ricondotti tutti ad un principio fondamentale unitario. Quest'ultimo consiste nel garantire e rendere praticamente operante il principio di legalità, che il nuovo ordinamento dello Stato ha esteso a livello costituzionale, sottoponendo al rispetto delle norme costituzionali anche gli atti dei supremi organi politici statali, nonché i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e quelli tra lo Stato e le Regioni.

Anche il principio del legittimo affidamento nella certezza dei rapporti giuridici, desunto dagli artt. 97 e 3 della Costituzione, costituisce parametro costituzionale. Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale[31], la mera adozione di disposizioni che modifichino in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, non implica di per sé la lesione del suddetto parametro, sempre che tali disposizioni «non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto».

Con la sentenza n. 16/17 si è ribadito che in linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»; ma, la tutela dell'affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale, fermo restando tuttavia che dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti».

Alcune peculiarità caratterizzano le modalità di prospettazione della lesione del principio di uguaglianza. Ed infatti, viene, necessariamente, in rilievo il cd. "*tertium comparationis*", ossia la norma che disciplina la fattispecie comparata rispetto alla quale il trattamento normativo dettato dalla disposizione censurata risulta insufficientemente differenziato.

[31] cfr., *ex multis* , Corte cost., s. n. 310/13, s. n. 166/12 e s. n. 302/10.

La mancata o insufficiente indicazione del *tertium comparationis* ridonda sulla ammissibilità della questione[32].

Le fattispecie poste a raffronto devono essere omogenee per essere correttamente utilizzate quale *tertium comparationis* a sostegno dell'asserita disparità di trattamento[33].

Ad esempio, quanto alla disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati, più volte la Corte ha affermato[34] che «non può non rilevarsi che le profonde diversità dello stato giuridico (si pensi alla minore stabilità del rapporto) e di trattamento economico escludano ogni possibilità di comparazione».

5. Il parametro interposto.

La Costituzione fa poi riferimento al vincolo posto da norme introdotte non da fonti costituzionali, ma sub-costituzionali[35].

In tale evenienza si richiama la nozione di parametro interposto, e cioè norme che non hanno rango costituzionale, ma la cui violazione da parte di leggi implica una violazione indiretta di norme costituzionali.

In alcuni casi attraverso il meccanismo delle cc.dd. norme interposte la Corte è chiamata a giudicare su un conflitto che sembrerebbe tra due fonti ordinarie.

L'ipotesi che ricorre spesso è quella della violazione dell'art. 76 della Costituzione, delineata sin dalla sentenza n. 3 del 1957, ove si legge: «pertanto non é a dubitare, che la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie – artt. 70, 76, 77 Costituzione –, al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale; e che nelle "questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge" […] vanno comprese le questioni di legittimità costituzionale relative alle leggi delegate, atteso che il decreto legislativo deve rispettare i limiti di materia, di tempo ed i criteri e i principi

[32] cfr. Corte cost., s. n. 146/13.
[33] cfr. , Corte cost., s. n. 79/16 e n. 134/17.
[34] Corte cost., s. n. 154/14, che richiama la sentenza n. 310/13.
[35] C. Lavagna, *Decreti legislativi e ricorso giurisdizionale, nella raccolta "Ricerche sul sistema normativo"*, Milano, Giuffrè, 1984; N. Pignatelli, *Le norme interposte*, R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., cit.; D. De Lungo, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di eccesso di delega*, in *federalismi.it*, n. 14/2013.

direttivi che la legge delega deve necessariamente indicare».

Dunque, nel caso in cui il decreto legislativo non osservi i criteri della delega esso viene a porsi formalmente in contrasto con un atto avente pari forza normativa, ma, sostanzialmente, viene a confliggere con la previsione dell'art. 76 della Costituzione, ragione per la quale la Corte ha affermato di poter giudicare sulla conformità del decreto legislativo alla legge di delega.

Le disposizioni contenute nella legge delega, pertanto, concorrono a formare, quali norme interposte, il parametro di costituzionalità dei decreti legislativi delegati.

La giurisprudenza costituzionale ha affermato che il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante, richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alla norma che determina l'oggetto, i princípi e i criteri direttivi della delega; l'altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi[36].

Come riaffermato con la sentenza n. 134/13, il contenuto della delega non può essere individuato senza tenere conto del sistema normativo nel quale la predetta si inserisce, poiché soltanto l'identificazione della sua *ratio* consente di verificare, in sede di controllo, se la norma delegata sia con essa coerente. È riconosciuto, infatti, al legislatore delegato un margine di discrezionalità nell'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo, e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, fino al punto che neppure il silenzio del delegante può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato.

In particolare, circa i requisiti che devono fungere da cerniera tra i due atti normativi, i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega[37].

Con l'attuazione della delega, il legislatore delegato può dover scegliere uno dei possibili mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione. Qualora la scelta non sia l'unica possibile, occorre verificarne la ragionevolezza[38].

[36] Corte cost., s. n. 98/08, s. n. 340/07, s. n. 170/07 e s. n. 50/07.
[37] cfr., sul punto, Corte cost., s. n. 341/07, ord. n. 228/05.
[38] cfr., sul punto, Corte cost., s. n. 119/12.

Un caso di rilievo è la questione sollevata con riguardo la revisione delle circoscrizioni giudiziarie, oggetto della sentenza n. 237/13, nella quale il cuore delle censure era costituito proprio dalla prospettata violazione dell'art. 76, oltre che dell'art. 77, della Costituzione.
La tematica del parametro interposto viene in rilievo anche in relazione alla lesione dell'art. 117, primo comma, Cost.
Come la Corte ha affermato nelle cd. sentenze gemelle n. 348/07 e n. 349/07, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.: «la struttura della norma costituzionale […], si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione "fonti interposte", ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte […], ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni».
Nella sentenza n. 236/16, si è ribadito che le norme della CEDU non sono parametri direttamente invocabili per affermare l'illegittimità costituzionale di una disposizione dell'ordinamento nazionale, ma costituiscono norme interposte la cui osservanza è richiesta dall'art. 117, primo comma, Cost.
Anche con riguardo al diritto eurounitario il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., diventa concretamente operativo solo se vengono determinati gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni[39].
Occorre, tuttavia, ricordare, come affermato nell'ordinanza n. 207/13[40], e di recente nella sentenza n. 111/17, che qualora si tratti di disposizione del diritto dell'Unione europea direttamente efficace[41], spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio

[39] Corte cost., s. n. 187/16.
[40] Nello stesso senso, Corte cost., s. n. 284/07, s. n. 227/10 e s. n. 75/12.
[41] cfr., sul punto, Corte di CGUE , 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, nonché Corte cost., s. n. 170/84.

pregiudiziale alla CGUE, e nell'ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all'applicazione della norma comunitaria in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla CGUE – e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi alla Corte costituzionale valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario.

Come precisato con l'ordinanza n. 298/11, il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione.

Una riflessione ulteriore va riservata al parametro di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., in relazione al riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni ordinarie.

Come è noto, la riforma costituzionale introdotta dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha ridisegnato l'assetto delle competenze tra Stato e Regioni, e il novellato art. 117, secondo, terzo e quarto comma, della Costituzione, è divenuto il parametro centrale per la verifica dell'esercizio costituzionalmente corretto delle rispettive potestà legislative, esclusiva, concorrente e residuale.

Nell'invocare detto parametro, occorre specificare materia e tipologia della potestà legislativa che si assume violata [42].

Qualora il novellato art. 117 Cost. sia sopravvenuto rispetto alla legge regionale censurata, occorre specificare la motivazione sull'evocazione del parametro sopravvenuto in luogo di quello vigente al momento dell'emanazione della normativa regionale [43].

Come è noto, particolare rilievo assume, con riguardo alla potestà legislativa concorrente, l'individuazione dei principi fondamentali della materia.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49/16 ha ribadito[44], con riguardo alla portata dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale nelle materie di potestà concorrente, che «il rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio […] deve essere inteso

[42] Corte cost., ord. n. 172/16.
[43] Corte cost., ord. n. 247/16.
[44] cfr., Corte cost., s. n. 272/13 e s. n. 237/09.

nel senso che l'una è volta a prescrivere criteri ed obiettivi, mentre all'altra spetta l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi».

Per le questioni che hanno ad oggetto l'impugnazione di norme delle Regioni a statuto speciale, il parametro di riferimento diventa lo statuto di autonomia, dovendo il rimettente motivare la lesione rispetto allo stesso ovvero all'art. 117 Cost., qualora in ragione dell'art. 10 della legge n. 3 del 2001, ritenga che tale disposizione costituzionale garantisca «forme maggiori di autonomia», secondo l'insegnamento della Corte[45].

Così, nella sentenza n. 52/17 si è ribadito che la compiuta definizione dell'oggetto del giudizio, onere di cui è gravato il rimettente, non può prescindere dalla indicazione delle competenze legislative assegnate dallo statuto, alle quali le disposizioni impugnate sarebbero riferibili qualora non operasse il nuovo testo dell'art. 117 Cost. Pertanto, anche nel giudizio incidentale può essere dedotta dal giudice *a quo* la violazione competenziale dell'art. 117 Cost., prospettando che la normativa regionale o quella provinciale censurate eccedano dalle relative sfere di potestà legislativa, fermo restando l'adeguata motivazione, nei termini sopra esposti, dell'ordinanza di rimessione.

[45] cfr., Corte cost., ord. n. 247/16.

BAMBINI E MADRI IN CARCERE. IL RAPPORTO DETENUTE MADRI E FIGLI FRA ESIGENZE DI SICUREZZA SOCIALE, DIGNITA' UMANA E DIRITTI DEL BAMBINO.

di Daniela Mone*

Sommario. 1. Premessa. 2. I figli di detenute fra carceri e madri. 3. Le soluzioni della legge n. 62 del 2011 al fenomeno dei "bambini detenuti" e lo *status quo*. 3.1 Le modifiche relative alle misure cautelari. 3.2.Le modifiche relative alla detenzione domiciliare. 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Il tema del rapporto tra genitori in carcere, in particolare le madri ed i figli, si presta ad essere esaminato sotto una pluralità di profili nell'ambito del diritto costituzionale: il diritto della persona, benché in carcere, a non essere lesa nella sua dignità[46] (art. 27.3 Cost.); la garanzia della duplice finalità della pena, com'è noto, di tipo punitivo e preventivo ma anche rieducativo[47] (art. 27.3 Cost.), nella prospettiva di vita futura del soggetto ristretto[48] (in tal senso è stato rilevato che la funzione della genitorialità potrebbe equivalere a quella

* Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli".

[46] Per un collegamento fra i valori dell'umanità e dignità della persona, l'art. 27 Cost. e l'art. 2 della Cost., ossia "i principi-valori del riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili", v. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti* in *RivistaAic*, n. 3/2016, p. 7 ss.

[47] Art. 27 Cost., comma 3. Sul punto si v. I. NICOTRA, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torregiani della Corte EDU*, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014 in *RivistaAic*, 2, 2014, p. 2, che evidenzia, in particolare, che la finalità rieducativa della pena, ormai "patrimonio della cultura giuridica europea", "introduce una dimensione del trattamento sanzionatorio assolutamente innovativa nel contesto storico in cui fu formulata la Costituzione italiana": essa, oggi, assume "primariamente una connotazione di "recupero sociale", finalizzata al reinserimento nella società del colpevole". L'A. sottolinea che il principio di "umanizzazione" della pena è sancito all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali ("Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti") e ripreso nella Raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dell'11 gennaio 2006, dove, nella parte I, si legge: "tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo, le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna".

[48] S. TALINI, *L'affettività ristretta* in *costituzionalismo.it*, n. 2/2015, p. 14.

del lavoro socialmente utile)[49]; il dovere dei genitori di educare i figli (art. 30.1, Cost.); il diritto del bambino, minore, a essere accudito dalla madre (*rectius* dai genitori, art. 30.1 Cost.); il suo diritto a vivere, con la madre (i genitori)[50], in un contesto esterno a quello carcerario idoneo a garantire la sua integrità psico-fisica e la sua salute (art. 32 Cost.) anche in termini di *chances* di non delinquere[51] in futuro; *chances* fortemente condizionate dalla qualità dei primi anni di vita del bambino[52] (art. 31.2: «[La Repubblica] protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»). In particolare, il rapporto madre detenuta-figlio esprime emblematicamente, la cd. portata bilaterale della pena, secondo cui "gli effetti dell'esecuzione penale non si riversano esclusivamente sul soggetto condannato, ma colpiscono indirettamente anche i familiari, vittime dimenticate, la cui sfera affettiva inevitabilmente si comprime per effetto della sentenza di condanna"[53] o dell'esecuzione di una misura cautelare. A tutela di tali soggetti ulteriormente colpiti dalla pena, in particolare dei figli minori, molte sono le norme di riferimento anche internazionali o comunitarie.

La Convenzione Internazionale delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia del 1989, ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 1991, all'art. 3, comma 1, stabilisce che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi […] l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Agli articoli 64 e 65 delle Regole penitenziarie europee

[49] Le attività di cura dei figli possono favorire la risocializzazione al pari del lavoro e della formazione professionale. Tale la considerazione è di F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri* in *RivistaAic*, n. 4/2012, p. 3, a proposito della misura "dell'assistenza all'esterno" per i figli minori, costruita sulla falsariga del lavoro all'esterno nella legge n. 40 del 2001.

[50] La legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975, all'art. 11, comma 9, prevede: «Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido».

[51] Cfr. F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., p. 2, per il quale legislatore, magistrati, amministrazione penitenziaria, enti locali, servizi sociali sono chiamati "a impedire il triste destino che rende i figli dei detenuti i primi candidati ad entrare a loro volta, in età adulta, nel circuito penale".

[52] Sul punto, benché indirettamente, M. RUOTOLO, *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico* in *costituzionalismo.it*, n. 2/2015, p. 4: "I delitti si prevengono più con le misure sociali che con le misure penali, promuovendo l'idea della "sicurezza dei diritti" piuttosto che quella del "diritto alla sicurezza", nella consapevolezza che le politiche di "sicurezza" abbracciano un campo ben più ampio di quello della lotta contro la criminalità ("una lotta diretta soprattutto o solamente al controllo degli esclusi"), dovendo tradursi anche e soprattutto nella lotta contro l'emarginazione e l'esclusione per la realizzazione di una società che consenta l'espressione delle potenzialità di sviluppo degli individui. Contenendo, insomma, quelli che sono senz'altro tra i più rilevanti fattori criminogeni: la povertà, l'ignoranza, più in generale il disagio sociale".

[53] S. TALINI, *Famiglia e carcere* in Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Catania 7-8 giugno 2013, *"La famiglia davanti ai suoi giudici", paper, p.* 1.

adottate con Raccomandazione Rec (2006) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dell'11 gennaio 2006, è previsto che «ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da:[...] mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della famiglia e con la comunità esterna al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie»[54], mentre nella Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2008 sulla particolare situazione delle donne detenute e l'impatto dell'incarcerazione dei genitori sulla vita sociale e familiare, gli Stati sono invitati a «creare condizioni di vita adatte alle esigenze» dei figli che vivono con il genitore detenuto.

La Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 esprime la necessità di adottare una strategia comune dell'Unione europea sui diritti dei minori (2007/2093(INI))[55].

Nel rapporto sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale dell'ONU, nel giugno 2012, si raccomanda, con specifico riferimento all'Italia, di «promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore».

2. I figli di detenute fra carceri e madri.

La problematica oggetto di esame, ossia la possibilità di assicurare un rapporto tra minore e madre *ristretta* al di fuori dell'ambiente carcerario, affinché il bambino possa subire il meno possibile la condizione della madre, è di assoluta rilevanza. La relazione fra i due, infatti, non può essere considerata ignorando il fattore ambiente: ciò porterebbe, quanto

[54] Sul punto, cfr. A. SALVATI, *La detenzione femminile* in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, p. 13.
[55] Sul punto, cfr. S. TALINI, *L'affettività ristretta,* cit., p. 31, in nota n. 45.

meno in parte, a falsarla[56]. La gravità del fenomeno dei bambini *ristretti*, peraltro, sussiste, sebbene riguardi un basso numero di soggetti[57].

Il fenomeno, come sostenne il Ministro della giustizia Severino[58], "resta straziante" e, anzi forse proprio per il basso numero di casi ne appare più grave la mancata risoluzione, dal momento che, evidentemente, non sarebbero necessarie allo scopo neppure cifre elevate dal punto di vista economico-finanziario[59].

In sostanza, un certo numero di bambini di età inferiore ai tre anni oggi vive in carcere, sebbene in diminuzione, ossia all'interno di istituti penitenziari, in base alla legge n. 354 del 1975 che, all'art. 11, comma 9, stabilisce che "Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido".

Tale è lo *status quo*, sebbene il quadro giuridico nazionale, comunitario ed internazionale vigente, sicuramente assuma come preminente l'interesse del bambino rispetto alle esigenze punitive dello Stato[60].

Le modalità di esecuzione della pena o delle misure cautelari, in base a tale orientamento, non possono ignorare i bisogni del bambino cui, in determinate fasi del suo sviluppo, va

---

[56] M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive* in *Ristretti.it*, 2010, p. 5, in cui ha evidenziato come nel rapporto madre-figlio sia importante l'elemento ambientale. La relazione fra i due, infatti "deve essere prospettata in questi termini: madre-figlio-ambiente. Eliminare quest'ultimo importante riferimento (l'ambiente) significa falsare, quantomeno in parte, la relazione tra gli altri due".

[57] Secondo le statistiche del Ministero della Giustizia, riportate in *www.duerighe.com.* 24 novembre 2016, al 30 giugno 2016, , gli asili nido funzionanti all'interno degli istituti detentivi femminili sono 18; il picco più alto è stato raggiunto nel 2014, con l'apertura di 21 asili nido, quindi oggi si hanno 3 asili non funzionanti. Le detenute madri con figli in istituto sono 38, solo l'anno scorso 49, mentre nel 2009 si contavano 72 detenute madri con figli in istituto e solo 16 asili nido funzionanti. Alle 38 detenute madri del 2016 corrispondono 41 bambini, minori di 3 anni, presenti in istituto; nel 2015 la stima saliva a 50, ma nel 2009 addirittura a 75, superata solo dai dati del 2001 che contavano 83 bambini e nel 2000, 78. Le detenute in gravidanza sono 8 (*www.duerighe.com*, 24 novembre 2016).

[58] F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, cit., p. 2.

[59] Per tale tipo di considerazione si rinvia alle conclusioni.

[60] Trattasi, in ogni caso, di interesse non assoluto come si può ricavare dalla sentenza della Corte costituzionale n. 17 del 7 dicembre 2016, ove la Corte dichiara l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al disposto dell'art. 275, comma 4, del c.p.p. La Corte, in sostanza, non ritiene di dovere estendere la normativa di favore di cui all'art. 275.4, c.p.p., prevista per detenute madri di figli minori di sei anni di età, anche alle ipotesi di detenute madri di soggetti "di poco maggiori" (per un commento v. E. ANDOLFATTO, *Custodia cautelare in carcere ed esigenze di tutela dei figli minori: la sentenza della Corte costituzionale sull'art. 275, comma 4, c.p.p.* in *www.penalecontemporaneo.it* che scrive: "La Corte, peraltro, osserva come il voler dare assoluta prevalenza all'interesse del minore,cancellando il bilanciamento operato dal Legislatore nell'esercizio delle proprie esclusive attribuzioni, condurrebbe il giudice penale ad esercitare una troppo forte discrezionalità nel valutare – caso per caso – la specifica condizione del minore; questo, paradossalmente, con l'insostenibile conseguenza per cui la decisione sull'applicazione o meno di una misura cautelare sarebbe assunta sulla base di valutazioni relative non già alla persona indagata (o imputata) ma al minore, soggetto terzo ed estraneo al procedimento penale").

garantito un rapporto con entrambi i genitori e ascendenti e parenti di ciascun ramo genitoriale[61]. In tale prospettiva di crescente considerazione dell'interesse del minore, nella consapevolezza che alla necessità di assicurare al bambino la presenza della madre, si affianca la necessità di preservarlo il più possibile da un ambiente carcerario e, peraltro, a tutela dello stesso diritto della madre ad accudire il figlio senza che la stessa possa provare sensi di colpa nel causare sostanzialmente un "regime di vita ristretto"[62] per il figlio, si sono succedute diverse leggi nel nostro ordinamento[63].

In particolare, nel 2001, viene approvata la legge n. 40, c.d. Finocchiaro, per favorire, modificando il codice di procedura penale, l'accesso delle madri con figli a carico, alle misure cautelari alternative[64]. Ma la questione rimane sostanzialmente irrisolta laddove, in genere, la maggioranza delle detenute è priva di dimora e, dunque non può usufruire degli arresti domiciliari.

Nel 2011 interviene la legge n. 62, recante "Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354" e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori".

[61] V. S. TALINI, *L'affettività ristretta*, cit., p. 31, in nota 46, ricostruisce la normativa relativa alla cd. bigenitorialità. L'A. ricorda che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 215/1990, pone le basi per l'affermazione del principio di parificazione genitoriale nella concessione dei benefici penitenziari poi sviluppato dalla successiva legislazione.

[62] M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, cit., p. 6.

[63] Il nostro ordinamento è stato progressivamente ispirato ad un bilanciamento sempre più favorevole alle esigenze di sviluppo dei minori, soprattutto nei loro primi mesi di vita. Con la legge cd. "Gozzini" del 1986 (n.663) di modifica della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975), si è introdotto, per determinate categorie di soggetti e per condanne o residui di breve durata, la detenzione domiciliare. La detenzione domiciliare quale modalità esecutiva della pena viene estesa anche alle donne incinte e alle detenute con figli di età inferiore ai tre anni, con loro conviventi, come alternativa al differimento della pena, previsione di favore già prevista, benché fondata su una diversa *ratio*, dall'ordinamento. Con la legge cd. "Simeone" del 1998 (n.165), la possibilità di fruizione della detenzione domiciliare è stata ulteriormente ampliata, in relazione sia alla durata della condanna che all'età dei minori, arrivata alla soglia dei dieci anni. Nel frattempo, nel 1990 (con la sentenza n. 215), la Corte costituzionale estende anche ai padri la possibilità di usufruire della detenzione domiciliare, alle stesse condizioni della madre, nel caso in cui questa sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. Solo nel 2001, con la legge n.40 (c.d. "Finocchiaro"), si ha un intervento specifico per genitori detenuti (così F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, cit., pp. 2-3).

[64] La legge cd. Finocchiaro interviene in materia di sospensione dell'esecuzione della pena, ampliando i presupposti applicativi sia del rinvio obbligatorio (da sei mesi ad un anno di età), che di quello facoltativo (fino a tre anni di età del bambino). Quindi vengono introdotti due nuovi istituti relativi ancora alla fase dell'esecuzione penale: "il primo è la "detenzione domiciliare speciale" che ha l'intento di superare la condizione di svantaggio che, per il minore, deriva dalla diversa lunghezza di pena della madre. Con il nuovo istituto vengono infatti superati i rigidi tetti di pena previsti per la detenzione domiciliare e vengono previste modalità di esecuzione più elastiche, maggiormente compatibili con le esigenze di cura dei figli. Il secondo istituto è rappresentato dall'assistenza all'esterno per i figli minori" (F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, cit., pp. 2-3).

3. Le soluzioni della legge n. 62 del 2011 al fenomeno dei "bambini detenuti" e lo *status quo*.

La riforma di cui alla legge n. 62 del 2011 ha, fra l'altro, l'obiettivo di superare "i limiti applicativi emersi dall'esperienza precedente e il degradante fenomeno dei bambini detenuti"[65].

La legge n. 62 del 2011 interviene a tutela del rapporto tra minori e madre privata, della libertà personale in applicazione di una misura cautelare o in esecuzione di una condanna passata in giudicato.

Al riguardo, ci si soffermerà su due dei tre istituti specificamente oggetto della legge: le misure cautelari personali e la detenzione domiciliare, con esclusione invece delle disposizioni relative alle visite del genitore detenuto al minore infermo[66].

Tale scelta è dettata, in particolare, dalla circostanza che l'attuazione delle disposizioni prese in considerazione è subordinata alla predisposizione di strutture anch'esse previste dalla legge del 2011 laddove la normativa relativa alle visite al minore infermo è di immediata applicazione, ossia collegata all'entrata in vigore della legge.

3.1. Le modifiche relative alle misure cautelari.

L'art. 1, comma 1, della legge in esame, sostituisce il comma 4 dell'art. 275 c.p.p. con il seguente: «quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza [...]». In sostanza, il divieto di applicare la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti della madre (come del padre, se la madre è deceduta o

[65] S. TALINI, *L'affettività ristretta*, cit., p. 15.
[66] Cfr., sul punto, a S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 maggio 2011.

impossibilitata), passa da tre fino a sei anni di età dei figli conviventi[67], fatta eccezione in caso di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza[68] subordinate all'apprezzamento del giudice, elemento che, già fino ad allora, aveva ridimensionato il grado di tutela accordato all'interesse del minore[69].

Sempre con riferimento alle misure cautelari, la legge del 2011, introduce due nuove *forme* di realizzazione di misure cautelari già esistenti laddove applicabili a detenute incinte o madri (o detenuti padri, se le madri siano decedute o impossibilitate a prestare assistenza alla prole): la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata (ICAM) per detenute madri e gli arresti domiciliari presso una "casa famiglia protetta"[70].

L'art. 1, comma 3 della legge n. 62 del 2011 introduce l'art. 285-*bis* c.p.p. relativo alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri: in sostanza, una nuova forma di custodia cautelare nei casi in cui, pur in presenza di figli di età non superiore a sei anni, esigenze eccezionali impediscono di poter ricorrere a misure cautelari più blande. Tale disposizione prevede «nelle ipotesi di cui all'articolo 275, comma 4, se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano»[71].

L'applicazione di tale misura in luogo della custodia cautelare in carcere è oggetto di una facoltà (e non di un obbligo) [72] da parte del giudice[73], il quale ne valuterà la compatibilità

[67] "L'innalzamento dell'età è da valutarsi evidentemente in termini positivi in quanto estende la disciplina speciale di tutela. Evidentemente porta con sé anche qualche preoccupazione, perché implica anche l'innalzamento dell'età della potenziale "carcerizzazione" dei bambini, anche se nella forma "attenuata" che dovrebbe caratterizzare l'Icam" (F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., p. 5).

[68] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori (L. 21 aprile 2011, n. 62)*, Relazione in data 23 maggio 2011 a cura dell'Ufficio massimario della Corte di Cassazione in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2011, p. 1.

[69] La "valutazione rigorosa di questo presupposto, la "maggiore cautela" di cui parla la Corte [Corte costituzionale, sentenza n. 177/2009], ne ha limitato l'applicazione [delle misure di tutela], "facendo pendere – nella maggioranza dei casi – il piatto della bilancia in favore delle esigenze di prevenzione del pericolo di recidiva sulle ragioni connesse alla tutela dei c.d. 'detenuti bambini' " (F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni*, cit., p. 9).

[70] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 2.

[71] *Ibidem.*

[72] *Ibidem*.

[73] In effetti, la discrezionalità riconosciuta al giudice è elevata, (cfr., F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni*, cit., pp.4-5) anche se "tra istituti penitenziari ordinari e Icam la legge prevede che vi sia una valutazione di diversa intensità delle ragioni che rendono necessaria l'una o l'altra delle misure (maggiore pericolosità

con le esigenze cautelari di natura eccezionale volta per volta emergenti: ancora viene negato valore assoluto alla tutela del diritto all'infanzia con una scelta, peraltro, avallata dal giudice costituzionale[74]. La caratteristica dell'ICAM è la sua collocazione all'esterno degli istituti penitenziari secondo un modello organizzativo di tipo comunitario. Sia all'esterno che all'interno i bambini possono condurre la propria vita in un contesto più idoneo al proprio sviluppo psichico con madri assistite da operatori specializzati[75] e circondati da strutture e agenti di polizia non riconducibili all'ambiente carcerario. Attualmente sono stati costituiti tre ICAM a Milano, Venezia e Cagliari[76] sul modello dell'ICAM di Milano risalente al 2006. Ovviamente, la normativa sopra citata, ha accresciuto l'esigenza di tali strutture[77] potendosi ora applicare questa forma di custodia cautelare in ipotesi di detenute con prole di età fino a sei anni (e non più soltanto fino a tre anni)[78].

sociale = istituti ordinari; minore pericolosità = Icam)", in F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni*, cit., pp. 10-11.

[74] Il mancato riconoscimento di valore assoluto della tutela del diritto all'infanzia che, invece, volta per volta, sarà oggetto di bilanciamento in sede giurisprudenziale tra tutela della maternità (e del minore) ed esigenze punitive dello Stato è affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 239/14, dove il giudice costituzionale, pur ritenendo fondata la questione, sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze, che riguardava l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis*, comma 1, o. p. nella parte in cui estende il divieto di concessione dei benefici penitenziari, stabilito nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni gravi delitti che non collaborino con la giustizia, anche alla misura della detenzione domiciliare speciale a favore delle condannate madri di prole di età inferiore a dieci anni chiarisce che "l'illegittimità costituzionale, [dunque], non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura oggetto del giudizio, ma nell'aver reso tale preclusione generale e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione. Funzione, questa, posta dall'ordinamento a tutela dell'interesse primario dell'infanzia che, solo nelle ipotesi in cui ricorrano esigenze determinate a carattere eccezionale, può conoscere limitazioni in ragione della pretesa punitiva dell'apparato statale" (S. TALINI, *L'affettività*, cit., p. 16).

[75] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 2.

[76] La normativa *de qua*, non definisce le caratteristiche di tali istituti, cosicché già in sede di commento della legge si era ritenuto che "- in assenza di indicazioni legislative - i futuri ICAM [avrebbero dovuto]dovrebbero avere le caratteristiche dell'unico istituto già attivo in Italia, che opera come sezione distaccata del carcere di San Vittore (a cui si aggiungono le caratteristiche degli Istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti, c.d. ICATT): strutture arredate in modo familiare, dotate dei necessari sistemi di sicurezza ma prive dei tratti caratteristici dell'edilizia carceraria (sbarre, celle chiuse e così via); numero ristretto di posti, spazi tendenzialmente aperti con libertà di circolazione, presenza di operatori specializzati in grado di sostenere le detenute nella cura dei figli, agenti di Polizia penitenziaria in borghese e possibilità per i bambini di frequentare il nido di zona così favorendo relazioni diversificate", S. TALINI, *L'affettività*, cit., p. 32, in nota n. 50.

[77] In considerazione di tale accrescimento del numero delle madri in istituti di pena con figli si era rivalutata la previsione *de qua* che pure aveva sollevato l'interrogativo circa una maggiore economicità, rispetto alla soluzione da essa apprestata, di una forma di controllo sulla falsariga, ad es. del cd. braccialetto elettronico; così, S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, cit.

[78] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, p. 2.

Pur se migliorativi rispetto alle strutture carcerarie, gli ICAM (benché riguardanti una detenzione *attenuata*) fanno parte, comunque, dell'ordinamento penitenziario. In tal senso rappresentano, sicuramente, una soluzione meno preferibile rispetto a quella prevista all'art.1, comma 2 della legge n. 62 del 2011, ossia gli arresti domiciliari in case famiglia protette[79].

Anche l'aumento dell'esigenza di tali strutture è un effetto della "restrizione dell'ambito applicativo della custodia cautelare in carcere [cui, infatti,] consegue un corrispondente ampliamento della sfera di operatività delle misure coercitive meno gravi, e in primo luogo, degli arresti domiciliari"[80].

A tale esigenza la legge n. 62 del 2011, all'art. 1, comma 2, fa fronte modificando l'art. 284, comma 1, c.p.p. che individua i luoghi dove possono attuarsi gli arresti domiciliari, ossia la propria abitazione, gli altri luoghi di privata dimora, i luoghi pubblici di cura o di assistenza: a questi aggiunge la «casa famiglia protetta», ove quest'ultima sia stata istituita secondo le caratteristiche tipologiche determinate con il decreto del Ministro della Giustizia adottato l'8 marzo 2013, in base all'art. 4 della legge del 201: «strutture tali da consentire agli ospiti una vita quotidiana ispirata a modelli familiari, tenuto conto del prevalente interesse del minore; ospitano non oltre sei nuclei di genitori con relativa prole; [...] sono previsti spazi da destinare al gioco per i bambini, possibilmente anche all'aperto; sono previsti spazi, di dimensioni sufficientemente ampie, per consentire gli incontri personali [...] nonché gli incontri e i contatti con i figli e i familiari al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi»[81].

Riguardo la scelta del giudice chiamato a disporre una misura limitativa della libertà personale in base alla normativa *de qua*, è stato messo in evidenza che, a differenza che

[79] Ciò è diretta ed evidente conclusione della circostanza per cui "se il rapporto affettivo e simbiotico con la madre (che dovrebbe rappresentare un fattore di crescita armoniosa del bambino), si estrinseca in un luogo chiuso seppur rumoroso, delimitato negli spazi da chiavistelli e sbarre, con aria e luce limitate, diventa il suo contrario e cioè una oppressione reciproca. Ciò in quanto alla donna rammenta costantemente la propria inadeguatezza di madre con i conseguenti sensi di colpa e al figlio perché lo colloca in un contesto connotato dall'assenza di autorevolezza della figura genitoriale e gli consegna un futuro già scritto di probabile emarginazione.[...] Questa detenzione dei bambini in carcere costituiva e costituisce sempre di più un grave problema, una situazione contraria ai principi di tutela dei diritti umani. È ammissibile che minori incolpevoli paghino per reati mai commessi e che adulti colpevoli paghino, oltre all'incapacità dei corpi conseguente alla detenzione, anche la pena morale dell'impossibilità di essere genitori? Dunque i bambini dovevano uscire dal carcere, ma non da soli, insieme alle madri". Così, significativamente, M.L. FADDA, *La detenzione femminile: questioni e prospettive*, cit., p. 6.

[80] *Ibidem.*

[81] Decreto Ministero della Giustizia, 8 marzo 2013.

nell'ipotesi della scelta tra istituti penitenziari ordinari e ICAM, ove la legge prevede che vi sia una valutazione di diversa intensità delle ragioni che rendono necessaria l'una o l'altra delle misure, nel senso che ad una maggiore pericolosità sociale corrisponda la scelta degli istituti ordinari e ad una minore pericolosità corrisponda l'opzione per gli ICAM[82], per le misure di carattere domiciliare non è prevista una analoga differenziazione, né il decreto istitutivo l'ha introdotta.

Dal decreto, infatti, si ricava unicamente che le case famiglia protette sono strutture più idonee degli ICAM alla crescita del bambino, ma non che "le nuove case protette siano l'unico luogo presso cui le madri con figli piccoli, in assenza di un proprio domicilio, possano scontare una misura restrittiva domiciliare, perché quest'interpretazione è chiaramente negata dalla legge, che ogni volta che cita le nuove strutture residenziali le aggiunge alle ipotesi già previste dalla legge"[83]. La soluzione suggerita subordina alla disponibilità delle strutture («ove istituite», come dispone la legge) l'assegnazione delle madri alle case protette. Se le case non sono disponibili, il giudice dovrà assegnare le *ristrette*, ad un'altra struttura di cura o assistenza che, "evidentemente, in larghissima misura non soddisfa[no] le caratteristiche tipologiche del decreto"[84] con conseguenti trattamenti irragionevolmente differenziati per soggetti che si trovano nelle stesse condizioni processuali e dipendenti, esclusivamente, da disponibilità di risorse finanziarie[85].

Quanto, infine, all'operatività delle previsioni di cui sopra, essa era sottoposta a una speciale disciplina transitoria contenuta nell'art. 1, comma 4, della l. n. 62 del 2011: «le disposizioni di cui al presente articolo si applicano a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dall' 1 gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata».

Al riguardo fu criticata la subordinazione dell'operatività della disciplina ad un parametro incerto non solo nel *quando* ma anche nell' *an*, che consiste nella completa attuazione del piano straordinario penitenziario[86] e, "in generale, proprio per la natura incerta di tale

[82] F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni*, cit., pp. 10-11.
[83] *Ibidem.*
[84] *Ibidem.*
[85] S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, cit.
[86] In effetti, circa il termine di applicazione delle nuove norme è stata sottolineata l'anomalia del riferimento ad un evento (la completa attuazione del c.d. "piano carceri") "non solo incerto nell' *an* e nel *quando"*, ma

termine, si è ritenuto applicabile il secondo che si riferisce alla data finale dell' 1 gennaio 2014"[87]. In particolare, lo stesso più ampio divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti delle detenute madri è stato considerato differito[88]. L'art. 1, comma 4, della l. 21 aprile 2011, n. 62, avrebbe consentito, invece, di anticipare la possibilità di applicare la custodia cautelare presso un ICAM ove disponibile"[89]. Lo stesso, con riferimento alla *casa famiglia protetta*, benché ne manchi l'indicazione: la lacuna si riteneva superabile in via interpretativa, "dalla lettura delle disposizioni di legge appare inequivocabile che, anche per la particolare utenza di cui ci occupiamo, le nuove case protette si aggiungono e non si sostituiscono, ai luoghi pubblici "di cura o di assistenza" già previsti dall'ordinamento"[90]. In concreto, l'applicazione della normativa è stata fortemente condizionata dalla mancanza delle strutture ivi previste.

3.2. Le modifiche relative alla detenzione domiciliare.

anche e soprattutto di "imponderabile verificabilità". Non è, infatti, individuato il soggetto che avrebbe dovuto accertare la completa attuazione del piano carceri. "Si è, dunque, generalmente inteso che la legge, perlomeno in questa sua parte, non potrà avere applicazione prima del primo gennaio del 2014"; sul punto, cfr. F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., pp. 5-6.

[87] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 3.

[88] Quanto alla norma da applicare nel periodo transitorio, considerato il riferimento alla "legislazione vigente" cui la legge subordina l'utilizzo dei posti già disponibili presso gli istituti a custodia attenuata, si poneva la questione relativa alla possibilità, con l'entrata in vigore della nuova legge, di accogliere, nelle strutture già esistenti, bambini di età superiore ai tre anni, insieme alle madri. "Dopo un primo orientamento che ammetteva tale possibilità, che del resto era sembrata prevalere anche nel corso della discussione parlamentare, la Corte la Corte di Cassazione (Seconda Sezione penale, con sentenza n. 541/12) ha poi, più recentemente, risolto, in senso negativo, il dubbio", F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., pp. 5-6). Secondo i primi commenti dottrinali, il riferimento alla "legislazione vigente" «non può che voler ribadire la non immediata operatività dell'art. 275, comma 4 c.p.p. (come modificato dalla legge), tra l'altro espressamente richiamato dal nuovo art. 285- bis c.p.p. In altre parole, occorrerà pur sempre attendere l'attuazione del piano carceri od il 1 gennaio 2014 per veder entrare in vigore la norma che raddoppia l'età della prole ai fini del divieto, relativo, di custodia cautelare per le madri sottoposte a processo penale. Fino a quella data, allo scattare del terzo anno d'età della prole il P.M. potrà chiedere, ed il giudice potrà disporre, la normale custodia cautelare in carcere della madre, provocando il distacco dal minore, sulla base degli ordinari presupposti ed esigenze cautelari, senza che sia necessario allegare alcuna ulteriore eccezionale esigenza»; così S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, cit.

[89] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 4.

[90] "[...]La principale argomentazione per sostenere che le case famiglia protette, [al contrario], sono attivabili senza attendere il 2014 è proprio che esse rientrano comunque nei luoghi di cura o assistenza già previsti dall'ordinamento" ; così, F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., p.10; come pure A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 4, per il quale, "la mancata indicazione, accanto all'Icam, della "casa famiglia protetta", potrebbe essere superata in via interpretativa, non essendovi alcuna ragione per consentire, sin da subito, l'utilizzo di posti disponibili presso gli Icam e vietare, invece, analoga possibilità per le case famiglia protette; peraltro, le case famiglia protette, ove esistenti, potrebbero essere ricondotte alle nozioni di «altro luogo di privata dimora» o «luogo pubblico di cura o di assistenza», di cui all'art. 284, comma 1 c.p.p.".

La legge n. 62 del 2011, all'art. 3, comma 1, prevede, altresì, significative modifiche all'istituto della detenzione domiciliare. Per quanto riguarda la detenzione domiciliare c.d. per fini umanitari, all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a),* della legge n. 354 del 1975 , la legge n. 62, art.3, comma 1, apporta integrazioni disponendo che la pena della reclusione non superiore a quattro anni, e la pena dell'arresto, inflitte alla donna incinta o madre di prole di età inferiore ai dieci anni con lei convivente, siano espiate oltre che nell'abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza od accoglienza anche in case famiglia protette.

Quanto alla detenzione domiciliare speciale disciplinata dall'art. 47-*quinquies* della legge n. 354 del 1975 in base al quale, alla madre di prole di età inferiore ai dieci anni (o anche oltre)[91], se non sussiste un concreto pericolo di recidiva e vi è invece la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, è consentito di espiare una parte della pena di lunga durata nell'abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo di cura, assistenza od accoglienza, «dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo», vengono introdotte modifiche circa le modalità di esecuzione della pena nel periodo precedente all'ammissione al beneficio[92].

Il comma 1 *bis* dell'art. 47-*quinquies*, infatti, stabilisce: «Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'articolo 4-*bis*, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal comma 1 del presente articolo, può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case famiglia protette, ove istituite».

E' evidente dalle modifiche introdotte che, pur avendo il legislatore innalzato il livello di protezione dell'interesse del minore, non vi ha riconosciuto una rilevanza assoluta: è attribuita, infatti, una forte discrezionalità al giudice nella valutazione da cui dipende

[91] F. PETRANGELI, *Tutela*, cit., p.10.
[92] A. BALSAMO, *Nuove disposizioni*, cit., p. 5

l'applicazione della misura, circa il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, in attuazione del principio di bilanciamento fra i diversi valori costituzionali in gioco e ciò determina una relativizzazione della tutela degli interessi del minore[93]; permane, inoltre, il condizionamento sul godimento di diritti fondamentali per effetto di elementi di natura finanziaria: se la madre non dispone di privata dimora, anche laddove non sussista pericolo di fuga o recidiva, l'ammissione al beneficio sarà condizionata dall'istituzione, solo eventuale, di case famiglia protette (condizione che pregiudica, in particolare, le madri straniere)[94]. Quanto alla previsione che impediva *in assoluto* di espiare la parte iniziale della pena ai domiciliari a quelle donne che hanno commesso i reati di cui all'art. 4 *bis* della legge n. 354 del 1975 che, evidentemente, ridimensionava notevolmente il livello di protezione accordato all'interesse del minore rendendo, dunque, necessaria la presenza di asili-nido nella struttura carceraria[95], è intervenuta la recente sentenza della Corte costituzionale n. 76/2017, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1-*bis* dell'articolo 47 *quinquies*, comma 1 *bis*, appunto, limitatamente alle parole "Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*"[96].

4. Considerazioni conclusive.

Un limite all'effettività della normativa in materia di detenzione domiciliare, comune alla normativa relativa alle misure cautelari sopra esaminata, è, come anticipato, rappresentato dalla disponibilità delle nuove strutture ivi previste[97]: la legge e il decreto attuativo dispongono esplicitamente che la costruzione delle case famiglia dovrà avvenire senza

[93] *Ibidem*.
[94] S. MARCOLINI, *Legge 21 aprile 2011, n. 62 (Disposizioni in tema di detenute madri)*, cit.
[95] S. TALINI, *L'affettività*, cit., p. 15.
[96] G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario* in *Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017, ritiene la decisione del giudice delle leggi frutto di una serie di fattori tra cui, il bisogno di moderare i livelli quantitativi della popolazione carceraria, l'utilizzo di una maternità o paternità responsabile "quale strumento per una più facile e probabile risocializzazione complessiva del condannato", ma soprattutto della "valorizzazione sempre più intensa degli strumenti nazionali e sovranazionali di tutela dei bambini e dei minori".
[97] Ragioni analoghe riconducibili alla mancata disponibilità di risorse per garantire adeguate misure di welfare determinano la lesione dei diritti fondamentali dei rei malati di mente soggetti a misure di internamento talvolta reiterate nonostante il venir meno della pericolosità sociale, come evidenziato da S. LIETO, Favor libertatis *e cura nella riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari in Italia*, p. 7, in corso di pubblicazione.

oneri per l'amministrazione penitenziaria, sia sotto il profilo della realizzazione sia sotto il profilo della gestione[98]. L'art. 4, comma 2, della legge n. 62 del 2011, in particolare, stabilisce che il Ministro della giustizia «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, può stipulare con gli enti locali convenzioni volte ad individuare le strutture idonee ad essere utilizzate come case famiglia protette».

Considerate le difficoltà economico-finanziarie degli enti locali anche a seguito del loro riassetto attraverso la legge n. 56 del 2014, cd. legge Delrio, e la legislazione successiva, non meraviglia che ad oggi nessuna casa famiglia protetta risulti istituita[99]. La stessa realizzazione degli ICAM è, comunque, condizionata dalla disponibilità di risorse economiche. Talvolta, tuttavia, quelli economico-finanziari rappresentano esclusivamente alibi rispetto alla mancata attuazione della legge che avrebbe, invece, motivazioni più propriamente politiche, quali il mancato ritorno, in termini di voti elettorali, legato ad un investimento di tal genere[100].

La considerazione di tali aspetti non può non indurre a riflettere sul condizionamento che elementi di natura economica[101], che non dovrebbero assumere lo stesso peso dei diritti

[98] All'assenza di case famiglia protette fa da contraltare invece una politica ministeriale di investimenti in favore delle ICAM, che dal 2011 ad oggi sono diventate tre: Milano, Venezia e Cagliari. Tuttavia queste strutture hanno un costo elevato a fronte di evidenti inadeguatezze, rispetto alle esigenze di protezione, cura e crescita dei bambini ospitati. Si tratta infatti di Istituti detentivi, pur attenuati; l'utenza accolta è molto varia (donne incinte, madri con bambini, padri); e si riscontra un'ampia differenza di età dei bambini che possono accedervi (0 – 10 anni). Di contro le Case Famiglia Protette risponderebbero al bisogno di un ambiente a misura di bambino, di un supporto efficace alla genitorialità e all'inserimento sociale delle madri, di una risposta variabile rispetto alle specifiche esigenze di età dei bambini accolti, nonché infine, di un minor costo di gestione. Pertanto si configurano come la soluzione migliore per le detenute madri con le caratteristiche definite dalla legge n. 62 del 2011. *Terre des Hommes, Aromainsieme* e *Bambinisenzasbarre, terresdeshommes.it,* 6 marzo 2015, tornano a chiedere quindi che, "senza alcun onere aggiuntivo per il Ministero della Giustizia, siano stornati dei fondi dal piano di costruzione delle nuove ICAM in favore delle Case Famiglia Protette. Stante l'esiguo numero dei bambini presenti nelle carceri, infatti, poche Case Famiglia Protette identificate localmente potrebbero essere finalmente attivate e rese sostenibili se anche il Ministero riconoscesse ad esse un minimo contributo. Tale impegno, infatti, sarebbe sufficiente a rendere più accettabile agli enti locali, già stremati dai continui tagli di bilancio, l'assunzione delle proprie responsabilità a tutela di questi bambini".

[99] Come risulta da denunce di varie associazioni impegnate nella difesa dei bambini anche negli ambienti carcerari, *Terres des Hommes, A Roma, Insieme e Bambinisenzasbarre*, risalenti al 6 marzo 2015, e rinvenibili al sito *terresdeshommes.it,* a quella data non risultava aperta nessuna casa famiglia protetta.

[100] C. TORRISI, *I bambini in carcere. In Italia ci sono ancora bambini che vivono in carcere con i genitori* in *www.abuondiritto.it*, 12 luglio 2015. Da non sottovalutare, anche in quanto potrebbe essere stata una ragione di inattuazione, la considerazione che l'esiguo numero di istituti che si dovrebbero realizzare si pone in un difficile rapporto di coerenza con il principio di territorialità della pena; in questo senso, cfr. F. PETRANGELI, *Tutela delle relazioni familiari*, p. 11.

[101] Sugli effetti della contaminazione tra dimensione economica ed etica in termini di dignità della persona e, dunque, del suo sviluppo si v. S. LIETO, *Dignità e "valore" tra etica, economia, diritto* in *Rass.dir. pubbl. eur.*, n. 1/2013, p. 178 ss.

fondamentali in una necessaria operazione di bilanciamento[102], possono determinare sulle persone[103], addirittura su minori, innocenti, al punto da segnarne per sempre lo sviluppo e la vita[104], violandone sostanzialmente i diritti fondamentali. I diritti fondamentali soccombono, in sostanza, per effetto della recessione del welfare[105], ma anche, talvolta, per ragioni di cinico calcolo elettorale.

Tale circostanza è particolarmente grave in uno Stato che si caratterizza quale Stato costituzionale di diritto e che riconosce diritti allo stesso detenuto il cui godimento e, pertanto, la cui tutela giurisdizionale[106] sono strettamente funzionali a garantire la sua dignità[107] cui è connessa la stessa finalità rieducativa della pena[108].

[102] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale* (Voce), in *Digesto Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, p. 378, trae come conseguenza dell'assetto dei rapporti fra scopi economici e scopi sociali delineato in Costituzione, l'"ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle (connesse ma come detto, talora, confliggenti) dello sviluppo sociale", evidentemente con una prevalenza delle seconde rispetto alle prime.

[103] Evidenzia, peraltro, l'inadeguatezza del carcere ai fini della funzione di rieducazione della popolazione penitenziaria femminile, tenuto conto in particolare della composizione di essa in Italia costituita soprattutto da straniere e tossicodipendenti "portatrici di un'estrema complessità di problemi personali e sociali" e in linea di massima prive di pericolosità sociale che, invece, si gioverebbero di un sistema ispirato ad un modello di giustizia riparativa più che repressivo, sistema, appunto, difficilmente realizzabile anche per ragioni economiche, A. SALVATI, *La detenzione femminile*, cit., p. 27 ss.

[104] Importanti studi hanno evidenziato un nesso tra sviluppo motorio e cognitivo dei bambini e loro permanenza in carcere e rilevato la traumaticità, per il bambino, del distacco dalla madre per raggiunti limiti di età. Si v. G. COSTANZO, *Madre e bambino nel contesto carcerario italiano*, Roma, 2013.

[105] Si v. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 65.

[106] Si rinvia sul tema a A. DE CRESCENZO, *La Protection Juridictionnelle des droits des dètenus en Italie. Quelle éfficacité après les decisions de la CEDH e du Conseil Constitutionnel Italien*, in corso di pubblicazione.

[107] Corte cost. sentenza n. 26/99: "La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art.1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario.

[108] A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)* in *RivistaAIC*, n. 2/2014, p. 8.

FRANCESCO LUCARELLI: IL DIRITTO COME IMPEGNO CIVICO

Atti della Giornata in ricordo di Francesco Lucarelli, *Il diritto come impegno civico*, Napoli 24 ottobre 2017, Aula magna Storica, Università degli Studi di Napoli Federico II

di Luigi Labruna e Franco Roberti

IL PERCORSO DI GIURISTA DI FRANCESCO LUCARELLI

di Luigi Labruna[109]

È con una delle più suggestive descrizioni succinte, certo bisognevole di precisazioni,della personalità scientifica di Francesco Lucarelli – che, son certo, sarebbe piaciuta molto a lui ascoltare – che voglio aprire questo mio intervento.

Non è mia, naturalmente. L'ho letta, tra una serie di intense considerazioni personali che non dico, nella e-mail che mi ha inviato Alberto, suo figlio, per indurmi, in virtù dell'affetto che ci lega, a trovare l'audacia necessaria per cercare di delineare – io storico del diritto,in presenza di tanti autorevoli studiosi della sua disciplina – profili essenziali del percorso di giurista del mio indimenticabile amico, che ha insegnato Istituzioni di diritto privato e Diritto civile per tutta la vita.

«Sono certo – mi ha scritto Alberto – che la sua produzione scientifica vada oltre la dimensione del civilista per approdare a quella del giurista che ama le contaminazioni e che ha avuto quale principale pregio di dare sin dall'inizio degli anni '70 una lettura degli istituti classici del diritto privato, quali il contratto e i diritti reali, legata alla Costituzione, sradicandoli dal Codice del '42 e dalla loro dimensione ancora ottocentesca…».

Un giudizio analogo l'ho colto qualche giorno dopo nel ricordo che un nostro compagno di università, Paolo Maddalena, ha dedicato a quella che ha definito «la lezione di Lucarelli per un diritto civile sempre più vivo»: «ciò che sempre ho ammirato in lui – ha scritto – è stato quel pizzico di genialità che lo portava ogni tanto ad alzare la testa al di sopra dei

[109] Luigi Labruna, Professore Emerito di Diritto romano nell'Università di Napoli Federico II.

colleghi e a sperimentare se davvero il diritto praticato nella realtà fosse funzionale a un ordinamento, il migliore possibile, della società in cui viviamo.

Egli, nella sostanza, approfondiva un diritto non fine a sé stesso, come sovente accade nell'accademia, ma un diritto servente alle esigenze sociali del nostro tempo».

Detto oggi, questo modo di esser giurista senza schemi, aduso ad agganciare anche le più ardite costruzioni teoriche ai precetti della Carta costituzionale e alle realtà sociali, economiche e storiche per individuare i modi idonei a tentare di renderle più concrete, più giuste e più eque – attento, cioè ad inseguire la vita degli uomini per farla diventare più giusta migliore – può sembrar ovvio.

Però verso la fine degli anni '60, al tempo in cui Lucarelli era impegnato nella stesura del primo suo saggio, dal titolo rigidamente ortodosso (*Lesione di interesse e annullamento del contratto*), ma dal contenuto meno osservante dei criteri metodici tradizionali, le cose non erano così pacifiche.

Anche se ormai poteva dirsi superata quella non breve fase *di estraneità e di rifiuto* da parte della civilistica italiana della Costituzione del '48, che ripristinava lo Stato di diritto e tracciava le linee di una nuova società, raccogliendo le tradizioni liberale, cattolica e socialistica, ed era considerata da quella dottrina – son parole di Natalino Irti – nient'altro che «un ruvido pietrame che la casualità storica aveva fatto precipitare sulla vecchia e piana sua strada».

Con gli studi di metà degli anni '50 di Pugliatti e Rescigno sulla proprietà e sui problemi delle *società perdute*, poi nel clima del centro-sinistra e con l'entrata in funzione (nel '67) della Consulta, la civilistica infatti cominciò a uscire dalla sua *solitudine*, a scoprire la Costituzione come fonte primaria dell'ordinamento e come criterio interpretativo di tutte le norme. Si ebbero allora i lavori di Massimo Bianca, Nicolò Lipari e Pietro Perlingieri il quale "da un lato, sollecitava la lettura dei codici alla luce della Costituzione e, dall'altro, allargava l'oggetto dello studio ai valori e alla concretezza degli istituti.

Con la creazione della importante rivista di Stefano Rodotà, finalmente nel 1970 il diritto civile (è ancora Irti che cito) «si faceva *Politica del diritto*».

Nonostante ciò le resistenze e addirittura i rigetti continuarono a non mancare. Ed erano perciò necessari indipendenza di giudizio e ardire ermeneutico, non privi di qualche punta di immodestia, per incamminarsi lungo itinerari che, solo con inevitabili tortuosità, fraintendimenti,e banalizzazioni furono poi percorsi da molti.

Non dimentico la veemenza, nutrita tuttavia anche di attenzione alle argomentazioni altrui, con cui Francesco partecipava alle discussioni interminabili che non di rado duravano sino a notte, in quel gruppo straordinario, più che di colleghi, di amici che son rimasti tali per la vita, che si era formato nella facoltà di Giurisprudenza dell'antica Università di Camerino. Un luogo in cui era possibile incrociare giovani studiosi dalle intelligenze più sorprendenti nel pieno fervore dei loro studi che li avrebbero portati a rappresentare qualcosa nella scienza giuridica non solo italiana(Duccio Libonati, Pietro Perlingieri, Luigi Ferrajoli, Sandro Baratta, Mario Caravale, Eva Cantarella, Simona Colarizi, Ennio Amodio, Giorgio Gaja, Guido Calvi, Gaincarlo Guarino e tanti altri), abituati(non maniacalmente beninteso, perché c'era spazio per discorrere anche di cinema, di musica, di calcio, di politica, eccetera)a confrontarsi, a contraddirsi,ad aiutarsi discutendo con semplicità e senza prevenzioni le idee e i lavori degli uni e degli altri.

Io credo che quella esperienza abbia segnato in maniera indelebile e acuitola sensibilità giuridica e la capacità di aprirsi alla comprensione delle intricate realtà giuridiche del mondo di Lucarelli come di ciascuno di noi che avemmo la ventura di viverla.

Il tema di quel suo primo libro Francesco aveva cominciato a studiarlo qui da noi. Nella nostra Facoltà di Giurisprudenza in cui si era laureato con Cariota Ferrara, giurista i cui lavori, dedicati al negozio giuridico, saldamente legati alla interpretazione del dato normativo senza seguire generalizzazioni, dogmi e astrazioni ma tenendo ben presenti le esigenze pratiche della vita del diritto,sono stati per decenni (assieme a quelli di Betti, Stolfi, Scognamiglio, Ferri) e, per certi versi, sono ancora punti di riferimento imprescindibili per quanti studiano quel grande tema.

Francesco ebbe poi anche la ventura di esser (come dire) *sbozzato* come studioso da uno dei più raffinati e promettenti civilisti del tempo, Alberto Auricchio,che univa ad una sensibilità inusuale per il dato tecnico, una attitudine innata a cogliere, le implicazioni sistematiche muovendo da temi settoriali.

E poi,scomparso Auricchio giovanissimo, di intrecciare rapporti scientifici intensi, anche se non sempre distesi, con Raffaele Cicala, altro eccellente nostro civilista impegnato in un'esplorazione puntigliosa ed originale, compiuta attraverso ragionamenti informati a logica stringente, sui più diversi argomenti del diritto privato.

Con tale molteplice e impeccabile genealogia accademica, Lucarelli può considerarsi, insieme con pochi altri della sua generazione, epigono a pieno titolo di quella composita

brigata di civilisti napoletani formata da gente del calibro di Rescigno, Scognamiglio, Majello, Martorano, Perlingieri (per citarne qualcuno), che il temutissimo e grande Carnelutti sentì di dover lodare – «per intero», tenne a precisare – sulla *Rivista di diritto processuale civile*,aggiungendo, pungente nel cogliere la realtà profonda delle cose, che la chiamava così e non «scuola» perché «questa procede da un maestro» mentre la «brigata» è invece «una specie di *formazione naturale* alla quale concorre più il *genius loci* che l'insegnamento di un uomo».

Prendendo, dunque, con le credenziali scientifiche che si è detto, le distanze dalla tradizionale riconduzione della nullità e annullabilità alla invalidità da un lato, e della rescissione e risoluzione dalla inefficacia dall'altro, e sviluppando una ipotesi prospettata, manco a dirlo,da Auricchio nella monografia del '57 sulla simulazione nel negozio giuridico.

In quel suo primo lavoro Lucarelli, individuava nell'interesse delle parti «il perno intorno al quale ruota tutto il meccanismo del rapporto contrattuale» (p. 230), per sostenere,attraverso un'analisi delle varie fattispecie di annullabilità del contratto, chequesta sarebbe da ricondurre non alla categoria dell'invalidità(come generalmente ritenuto), ma a quella dell'inefficacia.

Il che è confermato (diceva) dal fatto che il contratto sottoposto alla scure dell'annullabilità può rimanere in vita se le parti lo ritengono idoneo a realizzare la comune intenzione e gli interessi dei singoli.

Mentre, infatti, l'invalidità, determinerebbe un'improducibilità *ab initio* ed *erga omnes* degli effetti (una efficacia in senso improprio, la chiamava) per l'impossibilità radicale del negozio di produrre un mutamento giuridico-patrimoniale meritevole di tutela,si avrebbe inefficacia «in senso tecnico»quando(come nei casi di annullabilità) il contratto «produce di fatto, o potrebbe potenzialmente produrre, effetti giuridici, che però non corrispondano o comunque non soddisfino gl'interessi oggetto dell'autoregolamento privato» rendendo così il rapporto, «sia pure strutturalmente perfetto», inidoneo «a giustificare il nuovo assetto giuridico regolato dalle parti» (p. 264).

Soltanto questa alternativa validità-inefficacia,«sarebbe idonea a fornire una soluzione sistematica convincente delle profonde differenze di trattamento legale che intercorrono tra nullità e annullamento» (p. 265) che, così come la rescissione e la risoluzione, determinerebbe «l'eliminazione della vicenda negoziale» a causa appunto di una

particolarmente grave «non corrispondenza degli effetti agl'interessi reali delle parti»(p. 265). Ed è proprio la «tematica degl'interessi» autonomamente considerata dall'invalidità che consentirebbe di «riavvicinare nel quadro fenomenologico della vicenda successivamente eliminabile, situazioni a prima vista di natura differente», quali l'annullabilità, la rescindibilità e la risolubilità (p. 267),rimedi tutti che hanno in comune il presupposto di una grave alterazione della funzionalità *inter partes* del regolamento d'interessi.

Per dirla più semplicemente per Lucarelli l'annullamento, più che alla tutela pura e semplice del vizio del consenso, sarebbe preordinato alla tutela della lesione dell'interesse, anche non patrimoniale, della parte turbata nel quadro del complessivo regolamento contrattuale.«Prospettiva lodevole e feconda – aggiungeva un recensore, Forchiello – per di più sorretta da ampia informazione e da non comune capacità di analisi e di penetrazione», anche se, aggiungeva,«qualche dubbio in ordine alla sua fondatezza può affiorare» (*Riv. dir. civ.* [I/1965] p 541 s. cfr. *amplius*, in senso sostanzialmente non difforme Stefano Polidori, in *Riv.dir. civ.* [I/2012] p. 253 ss.).

In realtà, Francesco aveva intuito con anticipo uno dei punti di arrivo della moderna giurisprudenza che, superando la teoria della causa come funzione economico-sociale del contratto, valorizza l'interesse concretamente perseguito nel caso di specie dalle parti, ossia la ragione pratica dell'intero affare sotteso al negozio (v. ad es. Cass., Sez. Unite, sent. 4628/2015).

Per l'esiguo tempo a disposizione mia come di ciascun relatore, non potrò ripercorrere che con rapide notazioni (e con *exempla*) il suo percorso di giurista, connotato anche dalla sequenza cronologica dei volumi in cui ognuno sembra preannunciare il successivo, anticipando una evoluzione dei vari filoni di ricerca a cui si è dedicato.

Così,anche nella monografia del 1968 su *Solidarietà e potere di disposizione* egli pone ancora alla base della trattazione il concetto di rilevanza giuridica dell'interesse altrui, diversamente valutato e tutelato dal legislatore, in base alla natura, alla intensità e al momento in cui si manifesta in un'ottica solidaristica che, a sua volta, si palesa o come garanzia dell'autonomia individuale di ogni soggetto nella gestione economica dei propri interessi protetti dall'interferenza altrui, o anche nel mantenere inalterata la declinazione composita di diversi interessi, limitando, appunto, iniziative individuali. Si giustificano,

così ancora una volta il divieto negoziale (di alienazione e di acquisto) produttivo di nullità, l'autorizzazione giudiziale produttiva di annullabilità e la revoca.

Il tema della solidarietà, circoscritta alla sua influenza sul potere individuale di disposizione, è ulteriormente approfondito nel libro pubblicato due anni dopo (1970) con il titolo *Solidarietà e autonomia privata* in cui la trattazione muove dalla ricostruzione, per tanti versi originale, dei postulati storico-politici che hanno influenzato la diffusione e l'evoluzione del concetto di solidarietà a partire dalla ideologia fascista, nella relazione solidarietà-corporativismo, passando per la restaurazione democratica e gli influssi dell'ideologia neocapitalista con il ritorno giusnaturalistico del dopoguerra; la progressiva sostituzione del giurista con il *manager*; la valutazione del dato sociologico; il ricorso ai principi generali; soffermandosi sull'influenza della Costituzione di cui vengono scandagliati gli enunciati relativi alla funzione sociale della proprietà e della libertà di iniziativa privata,sottolineando tuttavia negativamente (ed è questa una delle precisazioni che va fatta al giudizio di Alberto e di Maddalena)la formulazione in essa di certi principi generaliche appare a Francesco «troppo equivoca e incerta per abbattere norme positive o fiaccare stabili orientamenti dottrinali e giurisprudenziali».

Il ricorso al «carisma» della solidarietà nei suoi vaghi contorni umanitari e populisti – dice – rischia di offrire una «falsa coscienza» a ben individuate correnti pseudointellettuali «che intendono sovrapporre un vivido ma inoperante affresco di intesa sociale ad una realtà economico-giuridica che ne rigetta metodi e finalità» (p. 27 e poi cap. II, par. 10).

In estrema sintesi, per Lucarelli lo studio dei motivi di fondo nei quali vanno inquadrati i limiti al potere di disposizione vanno approfonditi nel più ampio quadro della fenomenologia degli interessi privati (p.227).

E' senza data di edizione, ma la copia che mi ha prestato Alberto Lucarelli reca scritto a mano 1970 (data indicata anche nel *curriculum vitae* di Francesco), ma deve esser stato pubblicato più tardi giacché vi sono riferimenti a leggi e sentenze del '71 e del '72,il libro intitolato le *Ideologie della proprietà. Profili costituzionali e legislazione speciale* che conserva un foglio ciclostilato in cui la Cooperativa studentesca editrice, presenta la pubblicazione come «primo e modesto tentativo di socializzare i mezzi di produzione, per volgere il loro uso a favore di tutti e non a favore del profitto di pochi». Cosa che, aggiunge «non poteva non esser osteggiata … da chi venerando il profitto e la proprietà pensa che il

rispetto di questi mostri sacri sia più importante dell'interesse degli studenti e della collettività».

Questa *nota editoriale*, che nel clima odierno privo di passioni e di utopie fa tenerezza quasi per il grezzo ideologismo che la pervade, offre tuttavia una chiave per una lettura consapevole del saggio di Francesco, fortemente influenzato dalle istanze di rinnovamento civile che irradiavano ampi settori della società nel contesto storico e politico dell'Italia degli anni '70,e si ispiravano ai principi declinati nella Costituzione molti dei quali,però, sembra vano a Francesco ancora sospesi nell'iperuranio giuridico e solo molto parzialmente realizzati nell'ordinamento,che conservava non pochi tratti d'ispirazione fascista.

Il motore che secondo Francesco animava questa fibrillazione sociale era costituito dal processo di industrializzazione che investiva tutto il paese: una scossa tellurica che cambiò i costumi degli italiani – soprattutto la forma del rapporto capitale-lavoro – stravolgendo l'antico mondo contadino.

È questo un libro apertamente partigiano e in esso Francesco si schierava decisamente a sinistra in quel dibattito intellettuale complesso escisso tra le *convergenze parallele* dei quadri del Pci – forse troppo lontani dalla *base sociale* del partito – e i rancori dei tanti per la *Resistenza tradita*. Ed è un libro nelle cui pagine il giurista militante si faceva interprete di istanze emergenti, sia pure con eccessi e utopie, in un'università critica che con molti suoi esponenti non esitava nel sostenere anche tesi scomode e invise ai benpensanti.

In quel contesto non va dimenticato, come si è detto, il ruolo nevralgico svolto dalla Corte costituzionale, della quale Lucarelli ricorda la sentenza n. 64 del '57 relativa alla legge stralcio di riforma fondiaria del 1950in cui i giudici ebbero modo di affermare la legittimità degli espropri pubblici per rendere efficaci i limiti imposti alla proprietà. Per sottolineare, però, subito dopo, il repentino cambiò di rotta manifestato con la pronuncia sull'equo canone d'affitto dei terreni agricoli. In quella pronuncia – nota criticamente l'autore – la difesa degli interessi del locatore, motivata con la considerazione che «la proprietà della terra è frutto anch'essa di lavoro e di risparmio» fu il segnale di un cambiamento di indirizzo politico in senso conservatore della Corte, la quale non si limitava più a giudicare *super partes* la compatibilità costituzionale delle norme ma si sentiva ormai legittimata a intervenire attivamente nell'ordinamento anche a costo di alterare gli equilibri tra i poteri. Tendenza, questa, che – lamenta – si sarebbe poi rafforzata progressivamente nel tempo.

Lo studio di cui ora ho parlato preparava per tanti aspetti il terreno a quello su *La proprietà pianificata* del 1974, ripubblicato dagli allievi del Nostro pochi anni fa. Lucarelli ha più volte fatto dell'istituto della proprietà, in cui si addensano molteplici sollecitazioni, il cardine delle sue ricerche. In questo libro egli non propone un mero aggiornamento *giuridico* dello stato della legislazione in tema di proprietà: la sua è una descrizione accurata delle contingenze socio-politiche che influiscono sui nuovi indirizzi di politica legislativa in tema di regolamentazione di quel diritto.

È un tipo di analisi, questa, che Francesco sente la necessità di iniziare con una premessa epistemologica chiara. Il ruolo del giurista – sostiene – non può arrestarsi alla lettura del mero dato giuridico «in quanto è, forse, la mancata assimilazione dei grandi temi dell'incontro tra economia e diritto, politica legislativa e mutazioni sociali a rappresentare l'aspetto emblematico delle distonie del nostro sistema».

L'idea di un giurista relegato al ruolo di tecnico, altamente specializzato, astratto dalla società – accusa – si è inverata nella coscienza accademica grazie alla messa in atto di un disegno del regime fascista volto a sganciare l'analisi giuridica dalla lettura del diritto quale fenomeno sociale. La riscoperta del vero campo di azione dell'analisi del diritto si rendeva, dunque, necessaria per capire, organizzare e orientare il sistema legislativo del tempo, imbrigliato dalle legislazioni speciali liberal-borghesi e dalla vecchia struttura codicistica, incoerente e mal coordinata con il dettato costituzionale.

Lucarelli interpretava quest'assunto sin dal titolo. Ma la lettura dell'opera rivela il senso quasi ironico dell'uso in esso dell'espressione «pianificata» che, nell'evocare ideologie del tutto diverse, finisce per descrivere un disegno politico legislativo alienatorio e capitalista. L'esordio della trattazione, poi, appare un vero e proprio atto di accusa nei confronto della dottrina che (afferma) ha in genere taciuto il disegno fascista della codificazione del '42, sottolineando la genuinità *tecnica* del legislatore del tempo, mentre – per il nostro autore – è evidente che l'analisi del fenomeno normativo non può far a meno di passare per uno studio della correnti politiche, ideologiche e sociali che sono fattori determinanti non solo della politica legislativa ma anche della stessa tecnica legislativa. E ciò non solamente in un'epoca in cui la libertà e le sue garanzie vengono soppresse, ma anche di fronte a un dettato costituzionale che, ancorché di compromesso, viene torto al fine di assecondare il più possibile tendenze capitaliste.

Da qui la descrizione di tali rapporti di interdipendenza, che non possono non colorarsi di analisi storico-critica, tra tendenze economiche, politiche e legislative, con una polemica serrata anche nella convinta dimostrazione della mistificazione dei principi generali dell'ordinamento tutt'ora vigenti, anche se «costituzionalmente orientati».

Del resto – afferma – la costituzione riprende il concetto di «funzione sociale» che, seppur ora figlio delle correnti politiche progressiste, non riesce a celare il compromesso politico e l'impronta metodologica che il fascismo, e ancor prima il liberalismo borghese, hanno impresso alla normazione in tema di rapporti economici, la cui «conformazione alla prospettiva neocapitalista» Francesco fa oggetto di una critica sferzante.

Mi sono soffermato alquanto, oltre che sugli aspetti ideologici dai quali non si può far astrazione, sui contenuti tecnici dei lavori monografici di Francesco, pur sapendo di rischiare di annoiare alcuni dei non-giuristi presenti, perché mi premeva mettere in luce un aspetto, talvolta non completamente valorizzato, comune a tutta la sua produzione scientifica. Cioè la solidità, anche tecnica, del suo modo di lavorare e affrontare, tramite interpretazioni giuridiche per il possibile coerenti con le esigenze del tempo, temi complessi, mai considerati avulsi dalle asperità e dalle contraddizioni della vita concreta degli uomini.

Ciò fa sì che ancor oggi, la lettura dei suoi scritti – anche di quelli per i quali è passato parecchio tempo dalla pubblicazione – offra spesso spunti di riflessione e di interesse, che avrebbero forse meritato un'eco diversa e anche di essere maggiormente sviluppati e valorizzati dallo stesso Autore, se al suo assillo di giurista non si fossero sovrapposti (come è accaduto e accade sia pure in maniera meno intensa ad altri fra noi) impegni non di rado assorbenti come Preside per quasi due decenni delle Facoltà di Economia del nostro e del Secondo Ateneo e nell'attività politica, nel corso della quale ricoprì con grande impegno civico negli anni del post-terremoto l'assessorato ai lavori pubblici nella giunta Valenzi.

E, più tardi nelle battaglie – coronate da un successo, che spiace vedere messo a repentaglio dalle deperite contingenze politiche attuali – per l'inserimento di Napoli nella lista dei beni patrimonio dell'umanità. Attività di cui vi parleranno fra poco Guido Trombetti e Franco Roberti.

Giurista eclettico, e uomo di larga varietà di talenti, curiosità,interessi, passioni(scientifiche e no), Lucarelli ha spaziato in molti campi del diritto. I suoi libri su *Politica della casa e*

legislazione urbanistica del ’79 e *Diritti civili e istituti privatistici* dell’84 smossero (l’ho detto altra volta) parecchie acque.

Nel corso degli anni ’80 la sua produzione conobbe una svolta. A seguito dell’acuirsi del suo interesse per le questioni relative alla tutela dell’ambiente e alla protezione dei centri storici, collaborò con il Centro del Patrimonio mondiale dell’Unesco compiendo studi su centri storici dell’Africa e dell’America Latina inseriti nella Lista.

Fu l’epoca dei suoi grandi viaggi e degli splendidi *reportage*, su Féz, Ouro Preto e Olinda, Cartagena de Indias, sul Brasile, sul Fiume Amazonia, sul Peru, illustrati da immagini straordinarie, alcune delle quali l’architetto Paolo De Stefano,sofisticato e fedele fotografo e compagno di viaggio di Francesco, ci farà rivedere.

Ravvivando ricordi che, se non aiutano certo a superare lo smarrimento e il dolore per la brutalità della sua perdita, ancora una volta mi aiutano a dire che ho avuto fortuna ad essergli stato, per una vita, amico.

FRANCESCO LUCARELLI
IL DIRITTO COME IMPEGNO CIVICO

di Franco Roberti[110]

Nell'anno accademico 1969-70 preparavo la mia tesi di laurea in filosofia del diritto. Mi interrogavo sui rapporti tre etica e diritto e sul problema dell'obbedienza alle leggi ingiuste. La Giustizia, in cui Kant riconosceva l'Idea del Diritto, ossia il valore che dovrebbe ispirare il legislatore, mi appariva come il valore che giustifica il dovere etico e,dunque, consente di distinguere il lecito dall'illecito,di esercitare la ragion pratica.

Sembrava finalmente prossima a nascere quella *età dei diritti*, secondo la formula di Norberto Bobbio riferita alla modernità, che si sostanziava nelle prime riforme che davano attuazione alla Costituzione (per esempio, lo Statuto dei lavoratori).

Dopo le tragedie del Novecento, un mondo più giusto appariva non più soltanto un auspicio, ma un obiettivo possibile. E tuttavia sembrava che alla dottrina civilistica dominante (anche nella nostra Facoltà), nonché alla giurisprudenza prevalente, continuasse a sfuggire l'esigenza di interpretare la disciplina codicistica alla luce delle norme costituzionali.

Fu in quel periodo di tempo che ebbi la fortuna di ascoltare, presso la Facoltà di Economia, alcune lezioni di un giovane professore di diritto privato - Francesco Lucarelli - e di sentir parlare, per la prima volta in ambito accademico, di un diritto non fine a sé stesso, ma servente alle esigenze sociali del nostro tempo (come ha ricordato Paolo Maddalena).

Un diritto al servizio dell'uomo, quello che Francesco Lucarelli - con la straordinaria capacità comunicativa oggi ricordata da Guido Trombetti - insegnava ai propri studenti; un diritto che partiva dalla rilettura della proprietà privata alla luce dei principi costituzionali (*Solidarietà e autonomia dei privati, 1970*) fino a costruire una nuova antropologia giuridica, non più legata al modello di individualismo proprietario, che aveva caratterizzato per tutto l'Ottocento e per buona parte del Novecento il diritto civile, ma come fondazione costituzionale dei rapporti tra cittadini, liberi e uguali, e tra cittadini e poteri pubblici.

[110]Dott. Franco Roberti, Procuratore Nazionale Antimafia.

Una nuova antropologia giuridica espressa - come ha scritto Stefano Rodotà - attraverso la *costituzionalizzazione della persona*, intesa, quest'ultima, come categoria che meglio di quelle di *soggetto giuridico* e di *negozio giuridico* permetteva di dare evidenza alla vita individuale e alla sua immersione nelle relazioni sociali.

Luigi Labruna e Guido Trombetti hanno illustrato, ben più autorevolmente di me, la figura e l'opera di Lucarelli come giurista, preside e uomo delle istituzioni. Io vorrei ricordare le ragioni della sua appassionata difesa della Costituzione e del suo impegno per l'attuazione dei principi costituzionali.

La nostra Costituzione repubblicana - sintesi irripetibile di tre grandi culture: cattolica, liberale e socialista - individua nella garanzia dei diritti inviolabili della persona, nella solidarietà, nella libertà, nell'uguaglianza formale e sostanziale dei cittadini, nel pluralismo politico, nella organizzazione di governo fondata sulla separazione e sul bilanciamento dei poteri, nel principio di legalità, i pilastri della modernità nel mondo occidentale e, dunque, i cardini intorno ai quali far ruotare l'intero sistema democratico nel nostro paese.

La piena realizzazione di quei principi è riconosciuta (spesso soltanto a parole) come condizione indefettibile per lo sviluppo democratico e la pace sociale. La loro mancata realizzazione è a mio avviso - il più grande regalo che lo Stato abbia fatto alle mafie e al malaffare che, come è noto, profittano proprio delle disuguaglianze sociali e dell'illegalità diffusa per affermare il loro potere sistemico - di controllo dell'economia, delle istituzioni locali e degli uomini - e costituiscono il vero freno allo sviluppo del Paese.

Le mafie, infatti, sfruttano le disuguaglianze: quelle tra cittadini forti e senza scrupoli e cittadini deboli e disperati, facendo affari con i primi, che si sentono al di sopra della legge, e reclutando i secondi, che si illudono di poter raggiungere soltanto attraverso l'illegalità e la militanza mafiosa quel progresso economico e sociale che, pensano, sarebbe altrimenti impossibile conseguire.

In un mondo globalizzato, totalmente soggiogato all'economia di mercato, tra ricchezze emergenti di incerta origine e nuove e crescenti povertà, in un mondo sempre meno attento alle categorie sociali, ormai polverizzate negli antichi confini e contrapposizioni, l'impegno civico di Francesco Lucarelli è stato quello del giurista - raffinato e geniale - che sceglie di stare dalla parte dei deboli, degli emarginati, degli invisibili. Di coloro per i quali una democrazia compiuta esigerebbe quattro pilastri fondamentali: lavoro,

abitazione, salute e cultura. E poi la tutela dell'ambiente e il recupero delle periferie urbane. Vale a dire, il complesso dei diritti e delle condizioni in cui si sostanzia il diritto alla dignità. Dignità della persona umana e uguaglianza sostanziale dei cittadini sono principi costituzionali legati da un nesso indissolubile.

Aduso, come egli stesso ricordava, ai rigori formali delle leggi e delle istituzioni, entrare in quel mondo rappresentava per Lucarelli un itinerario affascinante, inedito e sconvolgente ad un tempo, irto di suggestioni e pericoli. La sua esperienza, anzi, la sua curiosità intellettuale ne era attratta, ma, contemporaneamente, ne avvertiva la ripulsa: si trattava di abbandonare il comodo alveo del diritto, le sue certezze, per inoltrarsi in una territorio ignoto, denso di novità, di soluzioni originali, talora imprevedibili, sovente non inquadrabili nella logica formale.

Fu, quella di Lucarelli, una scelta di grande coraggio, la scelta di guardare in faccia alla realtà, di affrontarla in tutta la sua crudezza sia come giurista che come pubblico amministratore. E qui devo ricordare il clima di guerra che si viveva a Napoli tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80,quando impazzavano la camorra e il terrorismo brigatista, alleati tra loro, colpendo a morte il capo della Squadra Mobile, Antonio Ammaturo, politici e amministratori onesti come Marcello Torre, Pasquale Cappuccio, Domenico Beneventano, Pino Amato e Raffaele Delcogliano, ferendo gravemente Umberto Siola.

Nello studiare il mondo degli *informali* (secondo la definizione di Vargas Losa del sottoproletariato peruviano), apparentemente virtuale ma inesorabilmente reale, Francesco Lucarelli ricercava una chiave che gli permettesse di entrare in altre vite, di sperimentarle nei loro risvolti, di riviverle in presa diretta.

Definire l'emarginato - scriveva Lucarelli - può essere facile: è una persona che vive al di fuori della società e delle sue regole o, meglio, che la società ha posto al di fuori, in quanto non possiede titoli per appartenervi. Ma - soggiungeva - è comunque un uomo, la cui perdita non è accettabile per la società, ed oggi l'emarginazione diviene sempre di più una condizione dell'anima, più che uno stato fisico, premessa per la creazione di nuovi codici di comportamento, regole diverse, come l'autogestione delle comunità e poteri paralleli alternativi allo Stato, gestiti dalla malavita organizzata e dal terrorismo.

Sono quelle che il Cardinale Sepe definisce *periferie esistenziali*, luoghi dove manca la speranza nel futuro.

I nostri padri costituenti, nel porre la persona umana e i suoi diritti fondamentali al centro dell'ordinamento costituzionale della Repubblica, avevano mostrato di essere consapevoli che in futuro quei diritti avrebbero potuto subire attacchi della più varia natura, non esclusi quelli portati con strumenti di carattere legislativo; e si erano preoccupati di predisporre le garanzie necessarie ad evitare questi pericoli, vincolando il legislatore ordinario all'osservanza dei principi e delle regole costituzionali.

L'insegnamento di Francesco Lucarelli è stato, su questi temi, illuminante.

Egli era consapevole della difficoltà posta, nel momento genetico della Carta costituzionale, dalla ambigua distinzione sostenuta da autorevoli giuristi, che trovava sponda nella composita Costituente, tra norme precettive e norme programmatiche, oltre che dalla difficoltà (nella perdurante vigenza del codice civile del 1942) di far convivere due anime: quella dei *diritti*, forgiata sulla proprietà e l'egoismo economico, e quella delle *garanzie* di uguaglianza e solidarietà, a partire dal diritto al lavoro (art. 4 Cost.) e ad una retribuzione sufficiente ad assicurare una esistenza libera e dignitosa (art.36 Cost.).

Ma il principio di effettività costituzionale significava che la produzione normativa di grado primario non fosse *libera nei fini*, bensì vincolata al rispetto delle norme costituzionali e all'obbligo di progressiva attuazione dei principi sostanziali.

Nel disegno della Costituzione, l'ordinamento democratico della Repubblica é una sapiente architettura di pesi e contrappesi volti in sostanza a difendere la democrazia da sé stessa.

E ciò spiega perché la Costituzione é rigida, come del resto tutte le Costituzioni europee del dopoguerra. Una Costituzione deve essere rigida: se non lo fosse -e quindi non prevedesse meccanismi di difesa rispetto alle violazioni di qualsiasi provenienza, anche se derivanti da leggi ordinarie - finirebbe per tradire la propria essenziale funzione.

In una democrazia costituzionale non ci sono sovrani: o meglio, l'unico vero sovrano è la Costituzione stessa, alla quale sono subordinati non soltanto tutti i cittadini, ma tutti i poteri dello Stato e delle autonomie.

Lo Stato di diritto è tale perché non ammette poteri al di sopra o al di fuori della legge. Così come non ammette leggi *ad personam*.

Queste premesse muovevano il professor Lucarelli ad una strenua difesa della Costituzione dai tentativi di manomissione a colpi di maggioranza e alla sua denunzia dei pericoli di svolta autoritaria insiti in una riforma, quella del 2016, che avrebbe dato luogo - in una con la riforma elettorale - a *un premierato forte* privo di bilanciamenti istituzionali.

Anche alla luce dell'opera e - direi - dell'esempio di vita di Francesco Lucarelli, possiamo dare risposte positive ad alcuni interrogativi che attendono ancora risposte dalla politica:

-di fronte ai fenomeni della globalizzazione, della multietnicità e della multiculturalità, di fronte alla planetarizzazione dei problemi (interdipendenze tra gli Stati, conoscenze, diritti umani, ma anche indifferentismo, fanatismo, particolarismo, criminalità organizzata, catastrofi umanitarie e ambientali), è possibile ri-definire la cittadinanza e, con essa, l'insieme dei valori e delle norme giuridiche sulle quali essa poggia?

- Cosa vuol dire oggi, e cosa vorrà dire domani, essere cittadini italiani?

- Possono i principi della nostra Costituzione - in accordo con quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 2000), oggi parte integrante del Trattato di Lisbona(dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia) - non solo costituire un fattore di identità della nostra nazione, ma anche delineare un percorso di apertura e di dialogo con culture diverse dalla nostra?

La globalizzazione dovrebbe favorire i processi di integrazione, ma l'ostacolo sta negli ordinamenti giuridici, sia nazionali che sovranazionali, ancora impreparati a regolare i fenomeni migratori, anzitutto perché disomogenei, e poi perché il diritto non si risolve nella legge. Il diritto è cultura, è sistema, è mezzo per la giustizia: la soluzione non è conseguenza della legge, ma dell'ordinamento del caso concreto, cioè del *come* si interpreta e si applica la legge nel caso concreto.

Al di là delle proclamazioni, non esiste ancora un diritto umanitario praticato in quanto condiviso e, per così dire, cementato da una comune cultura politica.

Il pensiero di Francesco Lucarelli tende a costruire una cultura politica per la quale il rispetto della persona non può essere in nessun modo messo in discussione: non si possono, in particolare, creare categorizzazioni sulla base della paura, come invece sta avvenendo.

Il diritto, nel suo pensiero, è un ponte, che collega culture e tradizioni diverse.

Mentre nel mondo si pensa ad alzare muri, materiali e ideologici, dovremmo impegnarci ad aprire nuove opportunità di dialogo e di condivisione.

In questo solco, il principio della giustizia sociale non vale tanto come principio etico, predicato ma mai praticato, quanto come imprescindibile elemento di un nuovo tipo di crescita, sostenibile se condiviso, accettabile se democratico, cioè approvato anche dagli esclusi, dai deboli, dai poveri, dai disperati.

Principio ancora in larga misura inattuato, anzi oggetto di ricorrenti disegni di affossamento assieme all'intero dettato costituzionale. Disegni portati avanti pervicacemente da vasti e trasversali settori della politica nell'arco di settant'anni, coniugandosi alle più disparate strategie *emergenziali*, per fare accettare a una collettività apparentemente dominata da indifferenza, sfiducia e rassegnazione le più palesi violazioni costituzionali e la deformazione della stessa funzione legislativa, in uno scenario di conflitti d'interesse senza precedenti.

Se la crisi costituzionale è innanzitutto crisi di disfacimento sociale è da qui che occorre ripartire, andando alla radice del problema: lo scarto tra legalità e legittimità: tra una legalità formale, strumento per tutte le avventure del potere, e la legittimità costituzionale, garante dei diritti inviolabili e dei principi di giustizia inderogabili al servizio dei cittadini. Sono scelte che presuppongono la volontà di una risposta corale delle istituzioni all'anelito di riscatto morale e sociale che, nonostante tutto, ed anzi più di prima, continua a salire dalla società civile.

La cultura della legalità è anzitutto cultura dei diritti e dei doveri dei cittadini che stanno scritti da 70 anni nella Costituzione. Sarebbe sterile e illusorio fronteggiare la criminalità mafiosa e il malaffare organizzato, sempre più intrecciati tra loro dal collante della corruzione sistemica, con il solo richiamo alla cultura e ai valori della legalità, sempre proclamati in convegni e tavole rotonde e ben raramente praticati nella vita pubblica e privata con azioni efficaci.

Sarebbe inutile continuare a parlare ai giovani se poi lo Stato in tutte le sue componenti non dimostra con fatti concludenti – come sollecitava Giovanni Falcone – da che parte sta, meritandosi la fiducia dei cittadini, dotandosi di tutti i mezzi normativi e organizzativi necessari per smantellare le reti di malaffare, per assicurare la trasparenza e la legalità dell'azione dei pubblici poteri, per assicurare il pieno recupero a fini sociali dei beni confiscati alle mafie.

La lotta alla criminalità organizzata, che oggi passa anzitutto per la lotta alla disoccupazione e alla emarginazione, alla dispersione scolastica e alle crescenti infiltrazioni dei capitali mafiosi nell'economia legale, ha bisogno di fatti, di leggi, di scelte strategiche di priorità.

In una società profondamente ingiusta, nella quale le disuguaglianze tra gli uomini sono sempre più marcate e *legge* e *giustizia* non sempre coincidono, c'è sempre qualcuno che

pensa di sostituire alle armi della legge la legge delle armi. E' un pericolo reale perché offre una giustificazione alla violenza. Ancora non si è capito che per combattere efficacemente le mafie occorre combattere le disuguaglianze sociali. E che giustizia e sicurezza sono un binomio inscindibile, un investimento sul futuro del nostro Paese: una giustizia senza sicurezza sarebbe poco più che una esercitazione retorica; una sicurezza senza giustizia sarebbe soltanto violenza e sopraffazione, fonte di legittimazione di ogni potere illegale e criminale.

La crisi e le minacce che incombono possono, invece, costituire una opportunità. Il termine *crisi* significa in greco *scelta*: significa, cioè, che da qualunque situazione di pericolo si esce con una forte e coraggiosa assunzione di responsabilità.

La vita e le opere di Francesco Lucarelli ci indicano questa strada verso un mondo libero dalla paura, più giusto, più solidale e più rispettoso della dignità umana.

ERGASTOLO OSTATIVO E FUNZIONE "VARIABILE" DELLA PENA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE ED EUROPEA.

di Giacomo Palombino*

Sommario. 1. Introduzione. 2. Funzione rieducativa della pena e Corte Costituzionale. 3. Funzione rieducativa della pena e CEDU. 4. L'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario e gli ergastolani "senza scampo". 5. Funzione rieducativa della pena ed ergastolo ostativo. 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'ergastolo c.d. ostativo rappresenta un controverso istituto dell'ordinamento penale italiano sul quale dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, si confrontano da tempo. La figura dell'ergastolo, infatti, così come disegnato dall'art. 4-*bis*[111] della legge n. 354/1975, nonostante il dettato dell'art. 27, co. 3, Cost. (secondo il quale la pena è funzionale alla rieducazione del condannato), non presenta alcuna finalità rieducativa dal momento che si configura come una pena perpetua[112], revisionabile solo in caso di collaborazione con la giustizia da parte dell'ergastolano. Non sorprende, dunque, che un numero ampio di autori finisca per metterne in dubbio la legittimità costituzionale[113]. Di recente, inoltre, dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo è stato presentato un ricorso[114] – *Viola c. Italia*, del 12 dicembre 2016 – avente ad oggetto l'istituto e la sua

* Sottoposto a referaggio. Dottorando di ricerca in "Il diritto dei servizi pubblici nell'ordinamento italiano ed europeo", Università degli studi di Napoli "Parthenope".

[111] Articolo inserito dall'art. 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà.*

[112] Cfr., in generale, F. CORLEONE, *Giustizia senza fine*, Roma, 1986.

[113] Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo,* Napoli, 2016, p. 65 ss; N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012, p. 98; D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 6; F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. Pen e Proc.*, 2014, p. 1273.

[114] Il Governo italiano è stato informato con comunicazione del 30 maggio 2017.

pretesa incompatibilità con il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Occorre peraltro considerare che la questione della presunta illegittimità dell'ergastolo c.d. ostativo, ormai dibattuta a livello sia nazionale che sovranazionale, si inserisce all'interno di un più ampio dibattito riguardante la rimodulazione del sistema penitenziario e la riconsiderazione della funzione che la pena è chiamata a perseguire.

In particolare, come viene sottolineato da altra prospettiva[115], quest'ultima, oltre alla funzione che le attribuisce l'art. 27, ne assolve delle altre, altrettanto rilevanti – come quella deterrente –, chiamando l'interprete a svolgere una complessa operazione di bilanciamento, che a seconda dei casi si traduce nella prevalenza dell'una o dell'altra funzione. Ne deriva la necessità di analizzare la conformità dell'ergastolo ostativo con la Costituzione da diverse angolazioni; ed è proprio questa la prospettiva lungo la quale la nostra indagine intende muoversi.

2. Funzione rieducativa della pena e Corte costituzionale.

Il tema della funzione della pena rappresenta uno degli aspetti più significativi del diritto penale e la sua disciplina, non a caso, è modellata sulle vicende stesse dell'ordinamento giuridico in quanto, in maniera congiunta ad esso, la funzione di cui si discute cambia forma. Si tratta di una trasformazione che ha avuto luogo più volte nel corso della storia del diritto italiano, ma che trova nella Carta Costituzionale del 1948 la sua espressione più significativa[116].

Come è noto, il contenuto dell'art. 27 Cost. si articola in tre disposizioni: il principio di colpevolezza, per cui la responsabilità penale è personale; l'abolizione della pena di morte; l'obbligo di condannare chi delinque ad una pena che *tenda* alla sua rieducazione[117]. Ma è soprattutto rispetto a quest'ultima disposizione, e all'uso del verbo *tendere*, che sorgono i

[115] Cfr., tra gli altri, G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale,* in *www.cortecostituzionale.it.*

[116] Cfr. G. MARINI, (voce) *Pena* (diritto penale), in *Nov. dig. it.*, Appendice V, 1980, p. 792 ss.; P. NUVOLONE, voce *Pena* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 1982, p. 787 ss.; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992; A. PAGLIARO, (voce) *Sanzione. II) Sanzione penale*, in *Enc. giur.*, 1992, p. 28; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.

[117] Cfr. I. NICOTRA, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

dubbi interpretativi maggiori. È in questo modo di esprimersi, infatti, che i Padri Costituenti hanno voluto sottolineare che la rieducazione costituisce un obbligo di intenti, e non di risultato, posto in capo allo Stato; in sostanza, è del singolo la scelta se rispettare o meno i valori e le regole dell'ordinamento.

D'altra parte, se la rieducazione assume un valore centrale grazie alla Costituzione del '48, è anche vero che essa non rappresenta, come si è accennato precedentemente, l'unica funzione che la pena è chiamata a svolgere, concorrendo con due funzioni ulteriori: quella retributiva, che consiste nell'infliggere una punizione al soggetto in relazione al male commesso; e quella deterrente, che equivale ad impedire al reo la commissione di altri crimini[118].

Sul punto, un dato che senza dubbio assimila tutte le funzioni descritte è il principio di colpevolezza[119] che ne rappresenta il fondamento comune: lo scopo riabilitativo verrebbe svuotato di contenuto se contro l'individuo non fosse possibile muovere alcun rimprovero (neanche a titolo di colpa) dal quale far discendere la responsabilità penale.

Su questi presupposti, e muovendo in ogni caso dalla legittimità e dalla pari importanza di tutti gli scopi che la pena persegue, occorre chiedersi allora se la rieducazione possa talvolta retrocedere a favore delle funzioni concorrenti. Per rispondere a questa domanda, è indispensabile muoversi fra le norme dell'ordinamento da un lato e le più rilevanti pronunce giurisprudenziali dall'altro lato.

Ebbene, il codice penale italiano, nel suo complesso, è sempre stato letto dalla Corte costituzionale nel senso che lo scopo riabilitativo della pena non ha valore assoluto. Un primo esempio è costituito da una pronuncia del 1966[120]. In quella occasione, i giudici erano stati chiamati ad esprimersi sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie[121],

[118] Più nello specifico, la pena svolge le seguenti funzioni: prevenzione speciale positiva (risocializzazione del reo) ovvero preparare la persona ad affrontare, dopo il rilascio, una vita nella comunità conforme alla legalità; prevenzione speciale negativa, ovvero impedire ulteriori violazioni della legge da parte della persona condannata, tenendola lontana dalla comunità; prevenzione generale positiva (rafforzamento della norma violata) ovvero consolidamento dell'accettazione sociale e dell'obbedienza delle previsione normativa infranta; prevenzione generale negativa (deterrenza) ovvero evitare future violazioni della norma da parte di altri membri della comunità; retribuzione ovvero assicurare l'espiazione del comportamento colpevole del reo.

[119] Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, p. 279 ss.

[120] Corte cost., sent. n. 12/1966, par. 1 dei *considerato in diritto*.

[121] Cfr., in generale L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2009.

interpretate dal giudice rimettente come illegittime in quanto inadatte a perseguire un fine rieducativo.

La Corte, ritenendo infondata la questione, sostenne che «il principio rieducativo (…) dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo e assoluto» ma indica «l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa della pena e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla (…) naturalmente là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tale fine» poiché «non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa di per sé adempiere a una funzione rieducativa».

In altre parole, è vero che i Costituenti hanno dato vita ad un sistema garantista e rispettoso della persona umana, ma "senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità (…) e ciò evidentemente in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale". [122]

Argomenti analoghi sottendono un'altra pronuncia del 1971[123], in cui il giudice rimettente ritenne eccessivi, e quindi confliggenti con lo scopo riabilitativo, i limiti edittali massimi della pena per i delitti di furto.

Ancora una volta, la Corte si espresse nel senso che la funzione rieducativa non è la sola perseguita e non atterrebbe tanto alla durata della pena inflitta quanto piuttosto al regime di esecuzione. Del resto, che un argomento del genere sia ragionevole è confermato dal regime che disciplina i c.d. reati soglia, vale a dire quei fatti la cui rilevanza penale sorge solo laddove il committente oltrepassi un certo limite prestabilito dalla legge (un esempio ne è la guida in stato di ebbrezza, in cui la necessità di punire sorge quando l'individuo presenti un tasso alcolemico maggiore del limite individuato dal legislatore).

È interessante notare che in questo tipo di reati la soglia è frutto di una valutazione discrezionale; ciò significa che la decisione relativa sia al *se* un individuo debba essere

[122] Cfr. G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*. Più in generale sulla funzione rieducativa della pena, si veda, G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, p. 437 ss.

[123] Corte cost., sent. n. 22/1971, par. 3 dei *considerato in diritto*.

punito sia, di conseguenza, al *quando* lo stesso necessiti di una effettiva rieducazione, è strettamente legata a una scelta del legislatore.

D'altra parte, il fatto che sta alla base del reato, e da cui deriverebbe una responsabilità penale, non cambia, e il rispetto del limite massimo imposto dalla legge è un dato che sfugge al controllo del committente: in breve, la differenza fra chi dovrebbe essere punito (e quindi rieducato) e chi non, si ridurrebbe ad un'esigua percentuale.

Quanto appena osservato vale anche in riferimento ai reati più gravi e alle pene che essi comportano. Si consideri in particolare l'ergastolo nel suo regime comune. Varie sono le questioni interpretative sorte al riguardo e soprattutto, come si è già avuto modo di anticipare, tanti sono stati e continuano ad essere i dubbi sulla legittimità costituzionale della sua previsione.

Una prima osservazione, per quanto scontata, sembra necessaria: se l'Assemblea Costituente avesse voluto lasciare fuori dall'ordinamento una pena potenzialmente perpetua, avrebbe potuto farlo, così come avvenuto con la pena di morte; se non lo ha fatto, è perché ha considerato detta pena compatibile con i principi fondamentali della Costituzione[124].

D'altra parte a fugare ogni dubbio al riguardo è sempre la Corte costituzionale. Già una delle prime decisioni in tema di ergastolo del 1974 chiarisce infatti che la rieducazione non sempre è conseguibile, in quanto, in alcuni casi, sono scarse le probabilità di porre rimedio alla pericolosità di un criminale; e che in ogni caso la rieducazione non è l'unico scopo che necessita di essere realizzato, venendo in considerazione, ad esempio, la funzione social-preventiva[125].

Anche in questo caso, dunque, la Corte non ha alcuna esitazione nel riconoscere la natura polifunzionale della pena.

3. Funzione rieducativa della pena e CEDU.

[124] Questa è stata l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione con un'ordinanza del 1956, con la quale si considerava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo.

[125] Cfr. Corte cost., sent. n. 274/1974, parr. 3 e 4 dei *considerato in diritto*.

A fronte di quanto osservato nel paragrafo precedente in relazione alla funzione rieducativa della pena, sembrerebbe che nel contesto del Consiglio d'Europa sia emerso un quadro normativo e giurisprudenziale teso a valorizzare maggiormente tale funzione.

Sul piano normativo, a venire in rilievo sono le *Regole penitenziarie europee* del 2006, raccomandazioni del Comitato dei Ministri volte a fissare gli standard minimi di trattamento da applicare all'interno degli istituti penitenziari.

Il riferimento, in particolare, va agli articoli 6, secondo cui la detenzione va gestita in modo da facilitare il reinserimento del detenuto nella società libera, 102.1, per il quale il regime carcerario deve essere concepito in modo da permettere al detenuto di condurre una «responsible and crime-free life» e 107.1, che prevede, quale parte essenziale del regime dei condannati, procedure e programmi concepiti per permettere loro il passaggio tra la vita carceraria e la vita rispettosa del diritto interno in seno alla collettività.

Anche sulla scia di queste regole, la Corte di Strasburgo, attraverso una giurisprudenza oramai consolidata, ha osservato che il principio di riabilitazione, sebbene non previsto espressamente nella Convenzione, è in essa presupposto e comporta che al detenuto vada sempre riconosciuta la possibilità di riabilitarsi.

A ben vedere, tuttavia, si tratta di un'affermazione che non collide con l'approccio della Corte costituzionale in materia di ergastolo.

Secondo la stessa Corte di Strasburgo, infatti, se si ragiona in termini di pena perpetua, l'applicazione del principio riabilitativo non ne implica l'incompatibilità con la Convenzione (in particolare con il divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti di cui all'art. 3), ma richiede solamente che al detenuto siano date delle prospettive concrete di rilascio[126].

Per quanto un'impostazione di questo tipo possa sembrare affetta da una certa contraddittorietà, essa, invero, vanta una logica condivisibile: il detenuto, pur essendo condannato all'ergastolo ma avendo diritto ad una riabilitazione, dovrà poter godere del

[126] Cfr. P. PUSTORINO, *Art. 3*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. >AGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 63 ss., in particolare p. 81 ss.; D. RANALLI, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo – tra astratto "diritto alla speranza" e concreto accesso alla liberazione condizionale*, in *Rass. penit. crim.*, 2015, p. 89 ss.; P. ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment And The European Right To Hope*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

c.d. diritto alla speranza, cioè vantare la *chance* di un futuro reingresso nella società libera[127].

Quanto affermato, inoltre, conduce alla configurazione, in capo agli Stati membri, di un'obbligazione di mezzi, e non di risultato: ciò sta a significare che gli ordinamenti interni, per garantire il diritto alla speranza, sono chiamati a predisporre un meccanismo di revisione delle sentenze di condanna che renda la pena riducibile *de jure* e *de facto*[128].

In particolare, e per meglio comprendere l'orientamento assunto dalla Corte Edu in tema di riducibilità delle condanne, è utile fare riferimento alla decisione della Grande Camera nel caso *Murray c. Olanda*[129]. Il Sig. Murray, condannato all'ergastolo con l'accusa di omicidio, risultava, in relazione al referto psichiatrico della pubblica accusa, affetto da problemi di carattere psicologico (in particolare uno scarso sviluppo delle facoltà mentali). Questa patologia lo rendeva, secondo le corti olandesi, un soggetto altamente pericoloso e aumentava le probabilità di recidiva. Invero, l'articolo 1:30 del codice penale di Curaçao (dove Murray era detenuto) prevedeva una revisione periodica delle sentenze di condanna

[127] Corte EDU, sent. *Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 9 luglio 2013, par. 118: "The same commitment to the rehabilitation of life sentence prisoners and to the prospect of their eventual release can be found in international law. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners direct prison authorities to use all available resources to ensure the return of offenders to society (…) Additional, express references to rehabilitation run through the Rules (…). Equally, Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights specifically provides that the essential aim of the penitentiary system shall be the reformation and social rehabilitation of prisoners. This is emphasised in the Human Rights Committee's General Comment on Article 10, which stresses that no penitentiary system should be only retributory (…). Finally, the Court notes the relevant provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court, to which 121 States, including the vast majority of Council of Europe member States, are parties. Article 110(3) of the Statute provides for review of a life sentence after twenty-five years, followed by periodic reviews thereafter. The significance of Article 110(3) is underscored by the fact that Article 110(4) and (5) of the Statute and Rules 223 and 224 of the ICC's Rules of Procedure and Evidence set out detailed procedural and substantives guarantees which should govern that review. The criteria for reduction include, *inter alia*, whether the sentenced person's conduct in detention shows a genuine dissociation from his or her crime and his or her prospect of resocialisation (…)".

[128] Corte EDU, sent. *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, par. 98, in cui la Corte afferma che: "In determining whether a life sentence in a given case can be regarded as irreducible the Court has sought to ascertain whether a life prisoner can be said to have any prospect of release. An analysis of the Court's case-law on the subject discloses that where national law affords the possibility of review of a life sentence with a view to its commutation, remission, termination or the conditional release of the prisoner, this will be sufficient to satisfy Article 3. The Court has held, for instance, in a number of cases that where detention was subject to review for the purposes of parole after the expiry of the minimum term for serving the life sentence, that it could not be said that the life prisoners in question had been deprived of any hope of release (…). The Court has found that this is the case even in the absence of a minimum term of unconditional imprisonment and even when the possibility of parole for prisoners serving a life sentence is limited (…). It follows that a life sentence does not become "irreducible" by the mere fact that in practice it may be served in full. It is enough for the purposes of Article 3 that a life sentence is *de jure* and *de facto* reducible"; Cfr. Corte EDU, sent, *Hutchinson c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2017, parr. 42-45.

[129] Cfr. Corte EDU, sent. *Murray c. Olanda*, sent. 26 aprile 2016, par. 9 ss.

a vita, ma i giudici del Tribunale di sorveglianza, dopo vent'anni di reclusione, continuavano a ritenere che il soggetto non avesse superato i disturbi che ne impedivano la scarcerazione. D'altra parte, la Grande Camera, con sentenza del 26 aprile 2016, riteneva che, nonostante la legge prevedesse un meccanismo periodico di revisione, il Sig. Murray non era stato posto nelle condizioni di riabilitarsi: il sistema penitenziario olandese, infatti, non prevedeva quell'assistenza medica utile al fine di consentire un recupero del detenuto e azzerarne la pericolosità.

L'esistenza di un meccanismo di revisione di questo tipo in un ordinamento interno, dunque, non impedisce alla Corte di valutarne l'effettività e suggerirne dei correttivi.

Del resto, già nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*[130], la Corte EDU aveva specificato che la riducibilità (ossia l'esistenza di un meccanismo che offra una prospettiva non del tutto irrealistica di liberazione) debba esistere, in diritto e in pratica, alla data in cui la pena viene inflitta, in modo che siano rispettate le esigenze dell'art. 3 per quanto riguarda la natura della pena.

Inoltre, è necessario che l'eventuale giudizio di riesame, volto alla revisione della sentenza di condanna e quindi alla scarcerazione del detenuto, venga instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria (individuata secondo criteri prestabiliti per legge)[131].

Ma è sempre nel caso *Murray c. Olanda* che la Grande Camera ha indicato i principi guida che dovrebbero sottendere la revisione delle sentenze di condanna all'ergastolo e che possono essere riassunti come segue: a) è necessario che vi siano dei criteri di valutazione prestabiliti; b) anche in caso di rilascio per malattia terminale o disturbo mentale del condannato, si dovrebbe in ogni caso garantire la riabilitazione e il reale annullamento della pericolosità sociale dell'individuo[132]; c) il meccanismo di revisione deve essere

[130] Sul punto, si rinvia *supra*, nota 15, par. 20.

[131] Sotto quest'ultimo profilo, è utile sottolineare che la Corte costituzionale italiana, nel 1974, è pervenuta a conclusioni analoghe, dichiarando l'illegittimità di norme che richiedevano un ricorso dinanzi al Ministro della giustizia al fine della concessione della libertà condizionale; a suo avviso, infatti, è compito di un organo giurisdizionale – e non esecutivo – valutare la possibilità di rilascio. Cfr., sul punto, Corte cost., sent. n. 204/1974, par. 2 dei *considerato in diritto* e sent. n. 264/1974, par. 1 dei *considerato in diritto*.

[132] Nella sentenza *Murray c. Olanda*, par. 108, la Corte osserva che: "For a State to comply with its obligations under Article 3 of the Convention in respect of life prisoners belonging to this category, the Court considers that it is firstly required that an assessment be made of those prisoners' needs as regards treatment with a view to facilitating their rehabilitation and reducing the risk of their reoffending. This assessment should also address the likely chances of success of any identified forms of treatment, given that Article 3 cannot entail an obligation for a State to enable a life prisoner to receive treatment that is not realistically expected to have any significant impact in helping the life prisoner to rehabilitate himself or herself. For this reason, account is to be taken of the life prisoner's individual situation and personality. The Court, moreover, recognises that certain mental health conditions are not, or not easily, amenable to treatment. Given that,

accompagnato da specifiche garanzie procedurali[133], che siano in grado, in particolare, di mettere in evidenza in che modo il detenuto possa migliorare la sua condizione ed essere quindi ammesso al rilascio[134].

owing to their mental health situation, such life prisoners may not themselves be sufficiently aware of a need for treatment, the aforementioned assessment should be conducted regardless of whether any request for treatment has been expressed by them (…). Where the assessment leads to the conclusion that a particular treatment or therapy may indeed help the life prisoner to rehabilitate himself or herself, he or she is to be enabled to receive that treatment to the extent possible within the constraints of the prison context (…). This is of particular importance where treatment in effect constitutes a precondition for the life prisoner's possible, future eligibility for release and is thus a crucial aspect of de facto reducibility of the life sentence".

[133] V. anche Corte EDU, senteù. *Raffray Taddei c. Francia*,21 dicembre 2010, par. 63, o, ancora, Corte EDU, sent.. *Herczegfalv c. Austria*, 24 settembre 1992, par. 82.

[134] P. ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment And The European Right To Hope, cit.*

4. L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario e gli ergastolani "senza scampo".

Come si è anticipato, il contenuto dell'art. 27 Cost. ha condotto parte della dottrina a ritenere illegittima la previsione dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario; quest'ultima, infatti, non consentirebbe la rieducazione del reo, richiedendo, ai fini del riconoscimento dei benefici carcerari, la sola collaborazione con la giustizia.

A ben vedere, prima della modifica dell'ordinamento penitenziario del 1975, i condannati all'ergastolo avevano sempre diritto ad accedere ad una serie di benefici nel corso della reclusione[135]: assegnazione al lavoro esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione[136].

Tutto ciò è stato previsto dall'ordinamento nel rispetto della disposizione costituzionale in base alla quale la pena debba tendere alla rieducazione del reo[137]; la condanna non deve rappresentare una forma di rivalsa del privato o della società intera nei confronti di chi che ha trasgredito le regole, bensì l'occasione, da un lato, per tutelare la comunità dalla possibile commissione di altri reati e, dall'altro lato, per predisporre il reingresso del trasgressore nel consorzio civile.

Se questo è il binario originario su cui si è mosso l'ergastolo in seguito all'entrata in vigore della Costituzione, il secondo binario, quello che appunto la dottrina definisce ergastolo ostativo, sembra discostarsene sotto diversi profili.

Già la definizione che ne è data, infatti, si fonda su una negazione, nella misura in cui i condannati sottoposti al regime dell'art. 4-*bis non* hanno diritto alle agevolazioni cui si accennava poc'anzi. Per questa categoria di ergastolani vi è un'unica possibilità di riduzione della pena: chi decide di collaborare con la giustizia ha diritto a quelle misure alternative riconosciute nell'ambito del regime comune in materia di ergastolo.

Più concretamente, il concetto stesso di *programma rieducativo* è di difficile individuazione[138] e va necessariamente modellato sulle caratteristiche proprie del reato che

---

[135] Cfr., in generale, A. PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

[136] Cfr. D. FALCINELLI, *L'umanesimo della pena dell'ergastolo. Ideologia e tecnica del diritto dell'uomo ad una pena proporzionalmente rieducativa*, 2013, in *www.federalismi.it*, 15 febbraio 2013.

[137] Cfr. D. GALLIANI, *Riflessioni Costituzionalistiche sull'ergastolo entro le maglie dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2015.

[138] Cfr., in generale, A. CALORE e A. SCIUMÈ, *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, Milano, 2013.

viene in rilevo. Ciò vale senz'altro ove si considerino i crimini per i quali è previsto l'ergastolo ostativo. Ad esempio, l'affiliazione a un'associazione criminale, che sia un gruppo terroristico o un clan mafioso, comporta l'appartenenza del soggetto a un consorzio non sovrapponibile a quello comune e, dunque, il riconoscimento di un complesso di regole estranee alla società civile e con essa collidenti[139].

Se lo scopo della pena deve essere quello di rieducare il condannato e assicurarne quindi un'onesta convivenza all'interno della società libera, la scarcerazione dovrebbe avvenire nell'eventualità in cui sia accertato il venir meno del sodalizio con l'associazione criminale, in quanto ciò che minaccia la società è già la sola adesione dell'individuo al *pactum sceleris*: la collaborazione con un organo giurisdizionale, invero, costituisce un indice rilevante in tal senso, essendo l'unico parametro capace di provare la rinuncia, da parte del detenuto, al rispetto del vincolo criminale.

Di aiuto, ai nostri fini, è anche la differenza, semantica ma al tempo stesso fattuale, che intercorre fra due termini, comuni denominatori del ragionamento che si vuole svolgere: *contrarietà* e *antagonismo*.

L'ordinamento, infatti, non solo tollera, ma per di più tutela il comportamento *contrario*, rispetto all'agire comune della maggioranza, di cui un consociato possa rendersi protagonista: si pensi, ad esempio, alle libertà di stampa, di pensiero, di parola, di manifestare, previsioni della Carta Costituzionale volte a tutelare un comportamento di questo tipo e pensate per garantire una minoranza.

Opposto, invece, è il concetto di *antagonismo*[140]: chi si rende protagonista di una condotta lesiva dei valori della Costituzione, non va semplicemente *contro* quest'ultima, bensì cerca di minarne le fondamenta. L'affiliazione a un'associazione criminale, ad esempio, si traduce nel rifiuto di quei valori e nel rispetto di altri completamente in conflitto con i primi[141].

In questa prospettiva, pur non potendosi parlare di *rieducazione* nel senso comune del termine, la collaborazione con la giustizia rappresenta il meccanismo più congruo per escludere la persistenza del sodalizio: un soggetto che scambia la sua libertà con quella di

[139] Cfr. G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 1995, p. 29 ss.
[140] Cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2011, p. 229 ss.
[141] Cfr., in generale, R. ILHAM, *La moralità della pena*, Torino, 2016.

altri, contribuendo allo smantellamento dell'attività criminale per cui in un primo momento era stato condannato, è un soggetto che si rende *affidabile*[142].

Di certo non risulta adeguata l'espressione di *pentito* utilizzata con riferimento a chi decide di collaborare, in quanto il pentimento è uno stato psicologico che non può essere accertato in maniera oggettiva. Più idonea è l'espressione *collaboratore di giustizia*, poiché la previsione dell'art. 4-*bis* rende la scelta di collaborare una tecnica processuale, che poco, se non nulla, ha a che vedere con la redenzione dell'ergastolano[143].

D'altra parte, l'idea di una pena perpetua, disegnata cioè per durare, almeno potenzialmente, per tutta la durata della vita di un soggetto, ha indotto alcuni a definire il regime dell'art. 4-*bis* come il *luogotenente* della pena di morte[144].

In effetti, i punti critici che permangono con riferimento all'ergastolo ostativo sono vari, tutti però in un certo senso legati a un unico quesito, e cioè in che misura la norma dell'ordinamento penitenziario rispetti il principio di rieducazione della pena prescritto dalla Carta costituzionale[145].

La risposta a questa domanda risiede in quanto già affermato con riguardo alla teoria generale della funzione della pena, così come disegnata in seguito alle pronunce della Corte costituzionale: la funzione rieducativa non ha valore assoluto.

È da ritenere, infatti, che sarebbe irrazionale, oltre che per certi aspetti sconveniente, sostenere che l'unico scopo per cui la pena viene inflitta è quello di realizzare un recupero del condannato ed un suo reinserimento nella società libera.

D'altra parte, è significativo quanto accade nel diritto internazionale penale, se non altro per il fatto che i crimini che vengono in rilievo in questo contesto o coincidono con quelli per i quali in Italia è previsto l'ergastolo ostativo (si pensi al reato di terrorismo internazionale) o ne condividono taluni elementi tipici, quale l'esistenza di un *piano criminale*: ad esempio, il crimine di guerra, analogamente al delitto di associazione per

[142] Cfr. Corte cost., sent. n. 273/2001, par. 3 ss. (dei *considerato in diritto*), laddove – citando la relazione presentata al Senato in sede di conversione del d.l. n. 306 del 1992 – avalla la tesi secondo cui "è solo la scelta collaborativa ad esprimere con certezza quella volontà di emenda che l'intero ordinamento penale deve tendere a realizzare".

[143] Cfr., in generale, G. PAVICH, *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Milano, 2015.

[144] Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo, cit.*

[145] Cfr. C. PARODI, *Ergastolo senza liberazione anticipata, estradizione e art. 3 CEDU*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

delinquere di tipo mafioso, presuppone la consapevolezza del soggetto che lo compie di innestare la propria condotta in un piano o disegno criminale.

Ebbene, nel diritto internazionale penale, la funzione rieducativa della pena riveste un ruolo solo marginale. Basti pensare alla recente decisione resa dal Tribunale per la ex Iugoslavia nel caso *Karadžić*, e all'affermazione ivi contenuta secondo cui mentre la retribuzione e la deterrenza integrano le funzioni principali della pena, altri fattori, quali la riabilitazione, sono rilevanti, ma «should not play a predominant role»[146].

5. Funzione rieducativa della pena ed ergastolo ostativo.

Dopo aver analizzato le norme che riguardano la funzione rieducativa[147] e la figura dell'ergastolo così come disegnata dall'art. 4-*bis*, occorre interrogarsi sulla legittimità costituzionale di una pena, almeno potenzialmente, perpetua.

Il dibattito su quest'istituto, come anticipato, è quanto mai acceso, e le soluzioni prospettate si palesano varie e non univoche.

In particolare, almeno apparentemente, le posizioni della Corte costituzionale e della Corte EDU[148] sembrano opposte rispetto a quanto affermato da una parte della dottrina italiana; se dette Corti, da un lato, offrono argomenti atti a fondare la legittimità della norma, alcuni autori, al contrario, ne offrono altrettanti per chiederne l'espunzione dall'ordinamento.

D'altra parte, quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità e dalla Corte EDU[149] trova un riscontro effettivo in quello che può essere definito il regime *comune* dell'ergastolo; bisogna perciò capire se lo stesso valga anche rispetto al regime ostativo[150].

In realtà, proprio il legislatore, al secondo periodo dell'art. 4-*bis*, sembra in un certo senso eliminare, almeno in parte, questo dubbio[151]: qualora la collaborazione con la giustizia

---

[146] Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Trial Chamber III, 24 marzo 2016, *Prosecutor c. Karadzic*. Sulla funzione della pena nel diritto internazionale penale si veda più in generale L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2009.

[147] Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, p. 715 ss.

[148] Cfr. F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo.it.*

[149] Cfr. D. GALLIANI, *The right to hope: la sentenza Vinter e altri c. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014.

[150] Cfr. Corte cost., sent. n. 306/1993, par. 2 ss. dei *considerato in diritto*.

[151] La norma, in particolare, stabilisce quanto segue: "I benefici suddetti possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti di cui al primo periodo del presente comma purché siano stati acquisiti elementi

fosse impossibile[152], inutile o irrilevante, qualora siano state concesse attenuanti o sia stato accertato che il sodalizio con l'associazione criminale è venuto meno, i benefici sono riconosciuti.

Muovendo da questa premessa, si può ritenere che quanto statuito dalla legge limiti il campo d'indagine atto all'individuazione dei soggetti per i quali dovrebbe operare il regime sfavorevole: stando alla lettera della norma, si tratterebbe di coloro per i quali non sia stato accertato in nessun modo il venir meno del sodalizio. Questi soggetti, dunque, pur costituendo un pericolo per la comunità, possiedono, presumibilmente, informazioni utili e indispensabili per combattere l'attività criminale[153].

Invero, i primi argomenti utilizzati dalla dottrina che esprime opinioni contrarie alla legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo sono quelli dell'automatismo normativo[154] e dell'errore giudiziario.

Da una parte, si sostiene che il regime più severo si applicherebbe in maniera automatica[155] (e quindi vi sarebbe incostituzionalità) in presenza di una qualificazione del reato corrispondente alle categorie indicate dal 4-*bis*[156]; dall'altra parte, invece, si afferma che un potenziale errore del giudice, che condanni un innocente o qualifichi in maniera errata quanto da lui commesso, renderebbe la pena di fatto irreversibile.

I due argomenti vanno trattati in maniera congiunta perché inevitabilmente connessi; infatti, la dottrina richiamata, basandosi sulle pronunce della Corte costituzionale che condannano l'automatismo normativo, ritiene che la disciplina non risponda ad una logica penitenziaria, bensì investigativa e securitaria. In realtà, però, la Corte condanna

---

tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, n. 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale. I benefici di cui al presente comma possono essere concessi solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui (…)".

[152] Cfr., in generale, A. RICCI, *"Collaborazione impossibile" e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto "ostativo"*, Padova, 2013.

[153] Cfr. A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 29 ss.

[154] Cfr. C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, *cit.*, p. 71 ss.

[155] F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1273 ss.

[156] Cfr. V. GREVI, G. GIOSTRA e F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, p. 3 ss.

l'automatismo nei casi in cui il legislatore scriva una norma atta a sottrarre al giudice quell'apprezzamento *caso per caso* tipico dello svolgimento del suo ruolo[157]. Invero, avuto ancora riguardo a quanto contenuto nella seconda parte del 4-*bis*, è da porre l'accento su come il giudice possa considerare l'irrilevanza o l'inutilità della collaborazione; ne discende che una discrezionalità dell'organo giudiziario vi sia, e a prescriverlo è la stessa norma "accusata" di automatismo.

D'altra parte, occorre rilevare come quella dell'errore del giudice potrebbe sì rappresentare una problematica preoccupante, ma da un punto di vista generale dell'ordinamento, e non solo con esclusivo riguardo alla questione specifica affrontata dalla presente indagine.

Di notevole interesse è un'altra critica mossa alla norma dell'ordinamento penitenziario esaminata. Alcuni ritengono[158] che pretendere la collaborazione con la giustizia al fine della concessione dei benefici corrisponda ad una lesione del diritto di difesa; il diritto al silenzio si trasformerebbe nel suo contrario e il *nemo tenetur se detergere* si capovolgerebbe nel suo opposto, il *carceratus tenetur alios detergere.*

In sostanza, il diritto riconosciuto all'imputato di rendere dichiarazioni e di rimanere in silenzio dinanzi all'autorità giudiziaria verrebbe irrimediabilmente leso[159].

In realtà, risolutiva in questo senso è sempre la Corte costituzionale, la quale ha dichiarato che il diritto di difesa è esercitabile entro il perimetro tracciato dalla legge, «sicché se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi»[160].

La dottrina critica questa impostazione della Consulta, ritenendo inammissibile subordinare il diritto costituzionale di difesa alla sua traduzione legislativa, quando il principio di legalità impone un rapporto gerarchico opposto[161].

D'altra parte, si ricordi che l'ordinamento, in più occasioni, legittima la riserva di legge in presenza di esigenze di sicurezza o interessi di carattere pubblico.

Si pensi alla libertà personale, di circolazione o di manifestazione, che sono solo alcuni dei casi in cui la norma costituzionale ammette una limitazione in presenza di interessi

[157] Cfr. Corte Cost., sent. n. 139/1982., par. 6 ss. dei *considerato in diritto*.
[158] Cfr., in generale, L. FILIPPO e G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.
[159] Cfr A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, p. 211 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte Edu*, Napoli, 2014, p. 2 ss.
[160] Cfr. Corte cost., sent. 306/1993, par. 13 dei *considerato in diritto*.
[161] Cfr. C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo – fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo, cit.*, p. 97 ss.

sovraordinati anche con riguardo a diritti fondamentali della persona, lasciando al legislatore il compito di individuare queste eventualità. La delimitazione legislativa, quindi, sarebbe in questo caso ammissibile perché evidente è il suo scopo: garantire la sicurezza generale[162].

Più complesso ma maggiormente condivisibile si presenta un altro argomento che è stato prospettato: quello secondo cui, in caso di collaborazione inutile o inesistente, debba essere l'imputato a produrre «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*).

In questo caso, infatti, ci si trova di fronte ad una *probatio diabolica*. In presenza di una presunzione legale di permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, l'imputato è tenuto a fornire una prova *negativa*, cioè a dimostrare la sua innocenza, generando così un'inversione dell'onere probatorio. È f

orse questo uno dei punti principali in cui è ravvisabile un'effettiva criticità della legge; non tanto, quindi, dal punto di vista generale del diritto di difesa, ma con riguardo specifico alla posizione di chi non è innocente ma risulta estraneo ormai al sodalizio criminale[163].

6. Conclusioni.

Per effetto del ricorso del 12 dicembre 2016, i Giudici di Strasburgo saranno chiamati a valutare se l'ergastolo c.d. ostativo possa essere considerato una pena comprimibile *de jure* e *de facto*, e se lo stesso offra al ricorrente una concreta prospettiva di modificazione del proprio *fine pena*.

Nel frattempo, le osservazioni svolte nel corso della presente indagine hanno cercato di porre in luce le *due* principali ragioni per le quali il regime dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-*bis*, per quanto discutibile, appare sostanzialmente conforme al dettato costituzionale e alle disposizioni della CEDU.

Da una parte, la funzione rieducativa della pena non ha valore assoluto dovendosi bilanciare con altre funzioni altrettanto importanti e meritevoli di tutela, vale a dire quella deterrente e quella social-preventiva.

[162] Cfr., in generale C. BRUNETTI e M. ZICCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004.
[163] Cfr. G.M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

Dall'altra parte, la tecnica processuale predisposta dal legislatore e consistente nella collaborazione con la giustizia dell'ergastolano assolve, sia pure indirettamente, alla funzione riabilitativa che l'art. 27, co. 3 Cost. assegna alla pena e risponde, di conseguenza, anche alla logica sottesa alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in questa materia.
La scelta di collaborare, infatti, è in grado di *riabilitare* il condannato nella misura in cui, agevolando il corso della giustizia, consente a quest'ultimo di accedere a quei privilegi che il codice penale riconosce ai soggetti sottoposti all'ergastolo secondo il suo regime comune.
Per questi motivi appare possibile ritenere che il regime di cui all'art. 4-*bis*, ancorché non sia perfetto, possa considerarsi una scelta condivisibile del legislatore.
E ciò quantomeno in un'ottica di transizione, in attesa di tempi migliori o, *rectius*, in attesa che il legislatore decida di ripensare la materia, preferibilmente senza essere sollecitato a farlo da una sentenza di condanna della Corte EDU, come purtroppo sta accadendo spesso in ambito penale[164].

Abstract (inglese): Article 4-*bis* of the Penitentiary Law states that the person convicted of particularly serious crimes, unless he/she cooperates with justice, does not have access to the benefits generally granted to prisoners. This results in a potential life sentence (so called "ergastolo ostativo"), whose constitutional legitimacy, in terms of the principle of re-education (Article 27, par. 3, of the Constitution), would seem doubtful. Nevertheless, from a multipurpose perspective of punishment, the re-educative aim is not absolute, but competes with other functions which are equally relevant and equally worthy of protection.

Abstract (italiano): L'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario stabilisce che il condannato per reati particolarmente gravi, a meno che non collabori con la giustizia, non accede ai benefici normalmente concessi agli ergastolani. Ciò si traduce in una pena potenzialmente perpetua (c.d. "ergastolo ostativo), la cui legittimità costituzionale, sotto il profilo del

[164] Il legislatore ha delegato il Governo (L. 23 giugno 2017, n. 103) ad apportare modifiche alle norme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario. Dalla formulazione della delega non appare possibile dedurre o escludere che la riforma che il Governo è chiamato ad approvare possa riguardare anche l'istituto dell'ergastolo ostativo. D'altra parte, sebbene la delega stessa non sia influenzata sul piano formale dal termine della legislatura, prevista per il primo semestre del 2018, sul piano sostanziale la composizione della maggioranza di governo che risulterà dal rinnovo delle Camere appare idonea ad incidere sul futuro esercizio della delega stessa.

principio della funzione rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.), sembrerebbe dubbia. Senonché, in un'ottica di polifunzionalità della pena, lo scopo rieducativo non è assoluto, ma concorre con altre funzioni altrettanto rilevanti ed egualmente meritevoli di tutela.

Key words (inglese): Life sentence – Constitution – Re-educative Function of Punishment – European Convention on Human Rights – Role of Case Law

Key words (italiano): Ergastolo ostativo – Costituzione – Funzione rieducativa della pena – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Ruolo della giurisprudenza

PROFILI GIURIDICI DELLA BANDIERA TRA MODELLO COSTITUZIONALE E ORDINAMENTO COMUNITARIO.*

di Giovanni Luchena** e Raffaele Manfrellotti***

Sommario. 1. Il Tricolore nell'era della «desertificazione simbolico-politica». 2. Tricolore italiano e valori costituzionali: il diritto alla Bandiera. 3. Desecration e libertà di manifestazione del pensiero: il Flag Burning Case. 4. La scomparsa dei simboli dal Trattato di Lisbona. 5. Considerazioni conclusive: alla Bandiera come arretramento della politica nell'ordinamento comunitario.

Innanzi a tutti, o nobile Piemonte,
quei che a Sfacteria dorme e in Alessandria
diè a l'aure primo il tricolor Santorre
di Santarosa

Giosue Carducci

Il Tricolore!…E il vecchio Fauno irsuto
del Palatino lo chiamava a nome,
alto piangendo, il primo eroe caduto
delle tre Rome.

Giovanni Pascoli

1. Il Tricolore nell'era della «desertificazione simbolico-politica».

In un'epoca in cui si denuncia la "desertificazione simbolico-politica della vita che conduciamo"[165] sembra riaffiorare, con sempre maggiore sensibilità e vivacità culturale, il tema del *ricongiungimento* ideale del popolo ai suoi simboli quali elementi unificanti della comunità.

Come tutti i simboli, anche la Bandiera – uno degli elementi identificativi della personalità dello Stato[166] effigiato nell'art. 12 della Costituzione – costituisce uno dei fattori

* Sottoposto a referaggio. Il lavoro è frutto di una riflessione comune dei due Autori. Tuttavia, ai fini accademici, i paragrafi 1, 3 e 4 sono da attribuire a Giovanni Luchena; i paragrafi 2, e 5 a Raffaele Manfrellotti.

** Professore associato di Diritto dell'economia nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

*** Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

165 G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012, VIII.

166 C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Torino, 1982, p. 74.

dell'integrazione sociale, riflette esperienze comuni e radica nel tessuto sociale credenze tradizionali: essa è, in definitiva, una *cosa* che con-tiene un'anima collettiva[167].

La Bandiera, dunque, tiene insieme, cementandoli, i valori e la storia di un popolo; come qualunque simbolo, che è segno, essa è rappresentazione tangibile di un'idea, ma anche tratto di un riconoscimento collettivo, scoperta di ciò che sta oltre le apparenze: "nell'ordine delle idee, un simbolo costituisce, tra l'altro, un elemento di relazione ricco di meditazione e di analogia. Esso compone le contraddizioni e concilia gli opposti"[168].

Non a caso, la Bandiera assume una particolare valenza simbolica proprio negli Stati federali i quali hanno trasferito alla Federazione la propria sovranità per concorrere alla nascita del *proprio* progetto di unità nazionale; allo stesso modo, l'esibizione del simbolo-Bandiera ricorre tutte le volte in cui una determinata comunità viene fuori dal guscio dell'oppressione o rivendica maggiore autonomia in uno Stato composto.

A tale riguardo, è noto che il Tricolore rappresenti una linea ideale di continuità storico-politica che discende dal Risorgimento e giunge fino alla Costituzione, nella quale il simbolo della Repubblica italiana completa non casualmente il catalogo dei principi fondamentali.

L'Italia risorgimentale, né Stato unitario né nazione, trova un inaspettato alleato nella *Révolution*, la quale propaga un'*idea* di *patria* (lemma al quale è associato il «legame etimologico con il termine *pater*»[169]) fino ad allora poco conosciuta o comunque solo vagheggiata, tanto che, per l'appunto, parole come *nazione* o *patria* potevano designare semplicemente la regione o la città in cui uno era nato. E', questa, l'Italia raccontata in un saggio dell'economista Umberto Verri secondo il quale, nel Paese, vige "l'universale costume di chiamare col nome di forestiere chi non è nato e non vive nel recinto di una muraglia"[170], ma che andava alla ricerca delle sue origini (il *donde*) e progettava la sua missione (*verso dove*)[171].

Il Tricolore è stato simbolo del progetto di riscatto del popolo italiano quando fu adottato, su autorizzazione di Napoleone Buonaparte, dalla Legione lombarda nel 1796[172], uno dei

[167] G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, cit., p. 22.
[168] L. Benoist, *Segni, simboli, miti*, Milano, 1976, pp. 42-46.
[169] F. Sidoti, *Politeismo dei valori*, Padova, 1992, p. 71.
[170] C. Duggan, *La forza del destino. Storia d'Italia dal 1796 ad oggi*, Bari, 2008, pp. 9-10.
[171] F. Sidoti, *Politeismo dei valori*, cit., p. 77.
[172] T. Groppi, *Art. 12*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Cartabia (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 307.

primi centri organizzati di patrioti italiani che coltivavano le aspirazioni nazionali rappresentate, nella Bandiera, dal colore verde.

Nella convulsa trama storica del *risveglio* patriottico (1796-1815), dunque, il Tricolore fu impiegato dalla Repubblica Cispadana (poi da quella Cisalpina) il 7 gennaio 1797[173], su proposta di Giuseppe Compagnoni (il *Padre del Tricolore*), la quale ne decretò formalmente l'adozione quale suo simbolo.

Abolito a seguito della caduta del Regno Italico, esso *ricompare* allorquando Giuseppe Mazzini ne fece il simbolo della Giovine Italia e i Savoia adottarono il Tricolore, con al centro lo stemma sabaudo, come parte di un programma di rinascita nazionale sotto l'egida piemontese (Santorre di Santarosa il 10 marzo 1821 la adottò per la proclamazione del governo costituzionale sotto Carlo Alberto).

Quello stesso Tricolore che Giosue Carducci, nel commemorare, il 7 gennaio 1897 a Reggio Emilia, il 1° centenario della sua nascita, ricordò l'assemblea costituente delle *quattro città* che acclamava *la Repubblica una e indivisibile*.

E, in quella occasione, Carducci raccontò il "Tricolore, dall'origine della Bandiera italiana che ora recava al centro lo scudo dei Savoia", quale "primo vessillo sventolato in Italia (…) sia pure a triangoli e rombi e poi a bande orizzontali anziché verticali"[174]: "non rampare di aquile e leoni, non sormontare di belve rapaci, nel santo vessillo; ma i colori della nostra primavera e del nostro paese, dal Cenisio all'Etna; le nevi delle alpi, l'aprile delle valli, le fiamme dei vulcani. E subito quei colori parlarono alle anime generose e gentili, con le ispirazioni e gli effetti delle virtù onde la patria sta e sì augusta; il bianco, la fede serena alle idee che fanno divina l'anima nella costanza dei savi; il verde, la perpetua rifioritura della speranza a frutto di bene nella gioventù dei poeti; il rosso, la passione ed il sangue dei martiri e degli eroi"[175].

Quando fu approvato l'articolo 12 della Costituzione, nella seduta del 24 aprile 1947, i deputati e il pubblico presente si alzarono in piedi, in segno di rispetto, e accompagnati da prolungati applausi, in onore dei "tre colori d'Italia"[176].

---

[173] G. Renato, voce *Bandiera (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir*., V, Milano, 1959, 38; T. Groppi, *Art. 12*, cit., p. 307.

[174] A.A. Mola, *Giosue Carducci*, Milano, 2006, p. 341.

[175] Dal discorso di Giosue Carducci tenuto il 17 gennaio 1897 a Reggio Emilia, reperibile in www.radiomarconi.com/marconi/carducci/carducci2.html.

[176] S. Calamandrei, *Nota storico-bibliografica*, in P. Calamandrei, *Per la scuola*, Palermo, II ed., 2011, p. 35.

In una sorta di ideale linea di continuità con il Poeta da ultimo evocato, Meuccio Ruini, in quella stessa seduta, affermò che la Bandiera "è un tricolore puro e schietto, semplice e nudo, quale fu alle origini, e lo evocò e lo baciò, cinquant'anni fa il Carducci, e così dev'essere la Bandiera dell'Italia repubblicana"[177].

L'art. 12 della Costituzione («La Bandiera della Repubblica è il tricolore italiano; verde, bianco e rosso, a tre bande verticali ed eguali dimensioni»), con il quale vengono abrogate implicitamente le norme che facevano riferimento ai simboli ed agli emblemi sabaudi[178], è il solo a menzionare uno dei simboli della Repubblica, non essendo presenti, nel Testo fondamentale, altri riferimenti, né all'inno né all'emblema né alla festa nazionale[179] (non mancano, tuttavia, proposte di legge in tal senso).

Esso contiene una norma costitutiva dato che produce i suoi "effett[i] nel momento stesso in cui [viene] emanat[a]". Ciò significa che, in quanto norma immediatamente produttiva di effetti giuridici, la sua omessa applicazione può ingenerare una violazione di legge sanzionabile dall'ordinamento. A riprova di tale asserto, infatti, è stato sostenuto che "[s]e tutti usano un'altra Bandiera, persino la norma che dice come è la Bandiera è suscettibile di essere disapplicata", il che potrebbe rappresentare un *vulnus* nell'attuazione della Costituzione in ogni sua parte. L'art. 12 Cost. è, insomma, come ogni altra disposizione costituzionale, "fatt[o] in qualche modo di materiale normativo"[180].

E' sembrato, nel corso di un certo tempo vissuto dalla Repubblica, che il Tricolore non fosse così amato, o non lo fosse quasi più, come dimenticato nella sua essenza e nella sua attualità. Tentativi, magari talvolta solo a parole, di separazione di una parte del territorio hanno contribuito a rendere la Bandiera *meno vicina*, fino a quando è intervenuto un nuovo meritorio *corso di risorgimento* del Tricolore.

Il c.d. processo di "rinascita della Bandiera"[181] si iscrive a pieno titolo tra i fattori *riunificanti* della Repubblica in un'epoca di profonde trasformazioni socio-politiche ed istituzionali: tale simbolo evoca non soltanto la stabilità e il compimento di un percorso, il raggiungimento di una mèta, ma anche un itinerario per il futuro.

---

[177] F. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 1976, p. 63.
[178] G. Renato, *Bandiera (dir. pubbl.)*, cit., p. 38.
[179] T. Groppi, *Art. 12*, cit., p. 309.
[180] L. Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2009, p. 157.
[181] G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, cit., p. 81.

Non è un caso, infatti, che il richiamato progetto di *rinascita* abbia poi portato all'approvazione della legge che prevede la celebrazione, ogni 17 marzo (giorno della proclamazione dell'unità d'Italia nel 1861), della giornata dell'unità nazionale, della Costituzione, dell'inno e della Bandiera[182].

Si tratterebbe di una sorta di diga, per così dire, *culturale* (una sorta di seme volto a far maturare sempre di più, nella coscienza civile, il senso di appartenenza allo Stato) anche per coloro i quali, non molto tempo addietro, hanno proposto la modifica dell'art. 12 della Costituzione attraverso la proposta dell'inserimento, nelle parte bianca, degli emblemi di ciascuna delle venti Regioni italiane.

Non è tanto il simbolo regionale ad essere in questione, quanto il significato che ad esso verrebbe attribuito soprattutto da quegli schieramenti politici che ritengono ormai indifferibile la modifica della forma di Stato in senso federale e quelli che auspicherebbero una vera e propria *frattura* del territorio della Repubblica. Benché sia stata ritenuta ipotizzabile la modifica dell'art. 12 Cost., ricorrendo alla legge costituzionale secondo il procedimento di cui all'art. 118 Cost.[183], non costituendo limite implicito alla revisione com'è, invece, per gli altri "Principi fondamentali"[184], essa, tuttavia, inciderebbe, innanzitutto, sul principio di cui all'art. 5 Cost. che proclama l'unità e l'indivisibilità della Repubblica.

I singoli emblemi regionali, pur non *sacrificando* il Tricolore ad un destino di dissolvimento, tuttavia, *mostrerebbero* al popolo, e *segnerebbero* nel suo immaginario collettivo, un cambiamento di prospettiva storico-politica ed istituzionale di grande significato.

Si aggiunga che, anche dal punto di vista del diritto internazionale, in base al quale la Bandiera viene ricompressa fra i diritti assoluti internazionali e la sua assunzione un dato giuridicamente non irrilevante, la modifica dell'art. 12 Cost. porrebbe problemi in ordine

[182] Legge 23 novembre 2012, n. 222, *"Norme sull'acquisizione di conoscenze e competenze in materia di «Cittadinanza e Costituzione» e sull'insegnamento dell'inno di Mameli nelle scuole".*

[183] A. Cassese, *Art. 12 – Principi fondamentali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 589; M. Raveraira, voce *Bandiera, I) Diritto pubblico,* in *Enc. Giur.*, I, Torino, 1991, p. 2.

[184] M. Raveraira, voce *Bandiera, I) Diritto pubblico*, cit., 2.

ad un suo eventuale *riconoscimento* da parte dei terzi, benché, beninteso, l'adozione di un certo simbolo resti nel c.d. "dominio statale riservato"[185].

L'unità territoriale dello Stato, "che non può essere menomata senza incidere sull'essenza stessa della storia italiana", è stata cercata, voluta e definitivamente affermata in secoli di storia e ha contribuito alla ricomposizione del popolo italiano in un'unica entità territoriale[186].

Ne è prova, come si diceva, l'art. 5 della Costituzione che, richiamando quanto evocato nel 1897 all'assemblea delle *quattro città*, stabilisce l'unità e l'indivisibilità della Repubblica quali principi supremi dell'ordinamento costituzionale nella sua articolazione territoriale. Ancora, l'art. 1 Cost., nel proclamare l'Italia *una* Repubblica fondata sul lavoro richiama il concetto di *unità* come condivisione del progetto costituzionale e repubblicano nel quadro di un rinnovato *sentimento* nazionale di appartenenza ad un'unica comunità politica, di partecipazione alla vita politica del Paese, *consegnand*" al popolo la sovranità nazionale.

Sotto questa *Bandiera* la Costituzione fa propri il valore della solidarietà (anche intergenerazionale) fra le persone, costruisce uno Stato fondato sull'uguaglianza, soprattutto quella sostanziale, riconosce l'inviolabilità dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, protegge il patrimonio artistico come testimonianza della storia comune.

Allo stesso tempo, riconosce le diversità, tutela le minoranze linguistiche e tutti i culti religiosi e si apre alla comunità internazionale in uno spirito di pace e di cooperazione fra i popoli.

2. Tricolore italiano e valori costituzionali: il diritto alla Bandiera.

[185] G. Cansacchi, voce *Bandiera, II) Bandiera e altri simboli dello Stato – Dir. int.*, in *Enc. Giur.*, I, Torino, 1998, p. 1.

[186] G. Silvestri, *Tradizione ed attualità nel simbolo del Tricolore*, Relazione svolta in occasione del 217° anniversario del Primo Tricolore, Reggio Emilia, 7 gennaio 2014, in *www.cortecostituzionale.it*., pp. 9-10.

Dei simboli identificativi della Repubblica italiana, la Bandiera è l'unico che trova espressa disciplina in Costituzione. Particolarmente significativa è la collocazione della relativa norma tra i Principi fondamentali. Tale scelta non è casuale.

La Bandiera della Repubblica, nel disegno costituzionale, non è soltanto un fattore di identificazione dei beni pubblici, ma simboleggia, in ragione della peculiare disciplina costituzionale, i valori che connotano la Repubblica stessa. In sostanza, il tricolore è la trasposizione visiva degli stessi Principi fondamentali, ed esprime il legame tra essi e l'ordinamento repubblicano.

Tale legame giustifica la particolare tutela penale che assiste la Bandiera (art. 292 c.p.): il vilipendio al tricolore non è represso secondo una logica di mera "lesa maestà" istituzionale, ma in quanto presuppone l'abiura ai valori sui quali si fonda e si legittima l'autorità pubblica.

A contrario, il legame tra la Bandiera e i valori costituzionali legittima i cittadini a fare uso del tricolore al fine di segnalare visivamente la loro fedeltà alla Repubblica stessa[187]. Tale conclusione appare particolarmente significativa in rapporto all'utilizzo del tricolore da parte dei partiti politici.

Il recepimento della Bandiera nazionale nei simboli partitici, in assenza della necessità di qualsivoglia autorizzazione, colloca tali partiti, in linea di principio, nel quadro della legalità costituzionale: attraverso la manifestazione del tricolore, il partito si impegna a rispettare i valori che esso simboleggia, rinunciando a perseguire politiche incompatibili con tali valori.

In altri termini, il significato giuridico dell'ostentazione del tricolore è l'impegno del partito a far parte di una maggioranza di governo che serva il disegno costituzionale. Non è senza significato che nell'attuale panorama politico italiano il tricolore non sia presente nei simboli di quei partiti dichiaratamente antisistema, ovvero che, nei fatti, non si ritengano disponibili a far parte di coalizioni di maggioranza.

Il tricolore, nell'ordinamento costituzionale, è simbolo della costituzione materiale, ossia di quei valori che, in quanto condivisi, consentono una base di dialogo comune alle forze partitiche finalizzata ad un programma politico fedele all'attuazione dei principi della Carta fondamentale.

[187] T. Groppi, *Art. 12*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 313 ss.

Nella giurisprudenza costituzionale, l'utilizzo del tricolore è declinato come una vera e propria posizione soggettiva, il diritto alla Bandiera. La problematica è, in parte, coincidente con quella, già analizzata, dell'utilizzo del simbolo della Bandiera da parte delle forze politiche senza limitazioni, ma ha un respiro più ampio.

In generale, il diritto alla Bandiera può essere definito come il libero utilizzo di una Bandiera al fine di manifestare i valori da essa rappresentati.

L'affermazione del diritto alla Bandiera ispira, in particolare, la celebre sentenza n.189 del 1987 della Corte costituzionale. La Corte ancora *expressis verbis* l'esposizione della Bandiera di uno Stato al sistema assiologico di cui esso si fa portatore in ambito internazionale, dichiarando costituzionalmente illegittima l'autorizzazione all'esposizione di bandiere di Stati esteri.

Nella decisione, la Bandiera viene considerata nella sua dimensione simbolica, espressiva di un sistema di valori, e su tale profilo se ne ricava la disciplina costituzionale.

La pronunzia si segnala, per i profili che in questa sede interessano, appunto perché riconosce tale dimensione simbolica e la pone al centro delle problematiche giuridiche attinenti alla Bandiera. Ne consegue che il diritto alla Bandiera, nella giurisprudenza costituzionale, rappresenta una dimensione peculiare del diritto alla manifestazione del pensiero, relativamente ai valori supremi attorno a cui si raccoglie un'organizzazione politica per come essi sono espressi dalla sua Bandiera.

3. Desecration e libertà di manifestazione del pensiero: il Flag Burning Case.

La Bandiera è, si diceva, simbolo di unità, la sua *difesa* giuridicizzata, la sua integrità protetta dall'elemento coercitivo del diritto che è la sanzione, in questo caso intesa come "ragione ausiliare (o secondaria) per obbedire ad una norma"[188]. L'ordinamento, in alcuni casi, ne protegge, così, anche il valore simbolico.

A volte, la sua *tutela*, per così dire, può scontrarsi con altri diritti costituzionalmente protetti come nel caso *Texas contro Johnson*[189] (noto come il *Flag Burning Case*), nel quale è stata

[188] F. Viola e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999, p. 12.

[189] *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989).

esaminata la concorrenza o, a seconda dei punti vista, il contrasto, tra l'esercizio del diritto alla manifestazione del pensiero e l'offesa alla Bandiera.

Nel corso della *national convention* del partito repubblicano, che si svolgeva a Dallas, in Texas, il signor Johnson bruciò la Bandiera in segno di protesta.

Come in altri Paesi dell'Unione, anche la legge del Texas puniva l'oltraggio alla Bandiera. Una norma non estranea nemmeno all'ordinamento federale dato che il Congresso, nel 1967, aveva approvato la *Federal Desecration Flag Statute* (sulla scorta dello *Uniform Flag Act* del 1917) con l'obiettivo di proteggere la Bandiera dalle offese che avrebbero potuto svigorire il morale dei soldati allora impegnati nella guerra in Vietnam.

La questione, sollevata dinanzi alla Corte Suprema, si risolse in una declaratoria d'incostituzionalità della legge del Texas, decisione assunta a maggioranza (5 a 4), nella quale si confrontarono posizioni opposte.

Il giudice Brennan sostenne che la condotta del giovane Johnson avesse carattere simbolico e che ricadesse sotto la protezione del I emendamento che tutela la libertà di espressione. Secondo la maggioranza, tale comportamento non metteva in pericolo l'ordine pubblico e non scalfiva l'interesse alla protezione della Bandiera nazionale quale simbolo del Paese. L'aver bruciato la Bandiera, dunque, veniva considerato come esercizio del diritto alla libera espressione del pensiero, estendendo, in tal modo, come già avvenuto in altri casi[190], «la libertà di parola, scritta o parlata, alla condotta che esprime un'idea»[191]. Tale principio non può conoscere eccezioni, nemmeno quando è coinvolta la Bandiera[192].

Insomma, lo Stato non può porre limiti alla libera espressione del pensiero sulla base dell'ostilità del Governo nei confronti dei *contestatori* o perché ritiene che l'*atto sia particolarmente nefando ed antipatriottico*; secondo tale orientamento, in effetti, lo Stato potrebbe punire un tale comportamento solo ove fosse intenzionato a proteggere la Bandiera in quanto bene privato[193].

Nella sua *dissenting opinion,* invece, il presidente della Corte suprema degli Stati Uniti, William H. Rehnquist, assunse una posizione *conservative*, affermando che «[p]er più di

[190] *United States v. Grace*, 461 US 171 (1983).
[191] Opinione del giudice Brennan, in G. Buttà (a cura di), *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano, 2008, p. 48.
[192] Opinione del giudice Brennan, che richiama la sentenza *Street v. New York*, 394 US 576 (1969), in G. Buttà (a cura di), cit., p. 49.
[193] S. Holmes, C.R. Sustein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, p. 115.

200 anni la Bandiera americana ha occupato una posizione unica come simbolo della nostra nazione, una unicità che giustifica una legge che proibisce di bruciarla»[194].

Il nodo giuridico da sciogliere consiste nello stabilire la prevalenza dell'esercizio del diritto alla libera espressione rispetto al divieto di offendere un simbolo dell'unità nazionale, come la Bandiera.

Innanzi tutto, giova sottolineare che il diritto alla manifestazione del pensiero non è un diritto assoluto esercitabile in tutte le circostanze giacché può includere espressioni blasfeme o manifestazioni oscene, nonché minacce all'ordine pubblico, fattispecie sanzionate dal diritto penale.

Tali *forme espressive* non possono essere ritenute come elementi essenziali o anche parti di una manifestazione di un'idea o di una posizione politica e, anzi, in una necessaria operazione di bilanciamento, queste non possono che considerarsi recessive rispetto all'interesse comune alla sicurezza o alla moralità.

Nel caso di specie, secondo il giudice Rehnquist, l'incendio della Bandiera in un luogo pubblico «non costituiva parte essenziale della manifestazione delle sue idee» [e il gesto in questione] mirava a turbare l'ordine pubblico»[195]. E, inoltre, offendere la Bandiera significherebbe offendere milioni di cittadini americani i quali sono legati a quel simbolo da un vincolo quasi mistico[196].

Il principio contenuto nel I emendamento, secondo la maggioranza dei giudici della *Supreme Court*, consiste nella difesa del diritto alla libera manifestazione del dissenso, anche quando questo, esercitato, per così dire, in forme estreme come la *desecration*, può urtare contro la maggior parte della società[197].

D'altro canto, però, non bisogna trascurare che proprio la Bandiera in quanto tale, e la sua esposizione, costituisce anch'essa esercizio della libera espressione egualmente protetta dalla Costituzione tanto che il giudice Kennedy, nella sua *concurrent opinion*, caratterizzata da un forte sentimento libertario, ebbe a rilevare come sia lo stesso simbolo a proteggere persino coloro che lo oltraggiano.

Anche quando il Congresso ha provato a porre nuovamente mano alla questione approvando il *Flag Protection Ac*t sempre la Corte Suprema ne ha dichiarato l'illegittimità

[194] Opinione dissenziente del Giudice Rehnquist, in G. Buttà (a cura di), cit., p. 49.
[195] Opinione dissenziente del Giudice Rehnquist, in G. Buttà (a cura di), cit., p. 51.
[196] G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, cit., p. 73.
[197] G. Zagrebelsky, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, cit., p. 73.

costituzionale nel caso *United States contro Eichmann* (496 US 310 1990), dal quale emerge un duplice modo d'intendere il simbolo: da un lato, come segno di un riconoscimento comunitario, nel quale cioè tutti si riconoscono, dall'altro, come sede privilegiata del discorso critico e apertura alla più ampia discussione pubblica.

A tale proposito, si può annotare quanto sosteneva Noam Chomsky secondo il quale non si può tutelare la libertà di espressione senza tenere conto del suo contenuto (basti pensare, ad esempio, al fenomeno del negazionismo)[198]: anche nel caso qui riportato, dunque, la libertà di esprimere il proprio dissenso dovrebbe poter trovare un limite nel sentimento comune di appartenenza ad una determinata comunità il cui simbolo è rappresentato, per l'appunto, dalla Bandiera, pena la diffusione di un *sentire* sociale che potrebbe anche rivelarsi ostile nei confronti delle autorità.

4. La «scomparsa» dei simboli dal Trattato di Lisbona.

La questione dei simboli assume una valenza particolare nel caso dell'Unione europea, un'istituzione in crisi quanto il suo spirito identitario. A dispetto dei toni spesso trionfalistici sul futuro (spesso e *necessariamente* dipinto come) roseo dell'Unione europea, la storia recente racconta un percorso inverso (non ostante i finora sterili tentativi di porre in essere un'azione di rinnovamento credibile), come dimostra l'uscita dall'Unione europea da parte del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, la crisi economico-finanziaria e le politiche (fallimentari) adottate dal gruppo di Stati dominanti, l'incapacità di rispondere con una politica comune ai flussi migratori provenienti dall'Africa e dai Paesi in conflitto del Medio Oriente, e altro ancora.

È per tale ragione che, probabilmente, i capi di Stato e di governo sono alla continua ricerca di simboli, di momenti di (ri)unione, come è avvenuto recentemente, appunto, simbolicamente, a Ventotene, luogo storico dell'idea di integrazione, ove si è cercato di rilanciare il *progetto europeo* dei suoi padri fondatori.

[198] Cfr. il numero monografico della rivista *Rassegna di diritto pubblico europeo*, a cura di D. Bifulco, *La negazione della Shoah nelle democrazie contemporanee*, n. 2, 2012.

Non è un caso, forse, che la Bandiera dell'Unione europea non compaia nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, né in altro documento ufficiale, uno dei simboli, insieme al termine Costituzione e all'inno, che ricorda la forma-Stato[199].

L'art. I-8 della c.d. "Costituzione dell'Europa" del 2005, quella "abbandonata"[200] a seguito dei *referendum* di Francia e Olanda, rubricato «*I simboli dell'Unione*», descrive la Bandiera dell'Unione come «un cerchio di dodici stelle dorate su sfondo blu»[201].

Con la bocciatura del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è stata, per dir così, *colpita*, inevitabilmente, anche la Bandiera, la cui *costituzionalizzazione*, come si diceva, pur rimanendone inalterato l'uso (disciplinato dalla normativa statale), è scomparsa dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea quasi il superamento, anch'esso simbolico, della fase caratterizzata dal progetto di "Costituzione europea"[202].

Tale cancellazione segna una discontinuità rispetto alla c.d. *fase costituente europea* e rappresenta probabilmente un arretramento culturale oltre che di prospettiva, confermando la tesi in base alla quale "l'Europa dell'europeismo non ha potuto contare (…) che su una fondazione di natura tutta economico-politica e stipulativa"[203].

Ed, infatti, si potrebbe dire che di quei simboli contenuti nell'art. I-8 della Costituzione per l'Europa l'unico che sembra vivere di luce propria è per l'appunto solo la moneta.

La cancellazione della disposizione relativa alla Bandiera dell'Unione europea dal Trattato di Lisbona è il *segno*, probabilmente, della rinuncia alla costruzione di un progetto politico di unione dei popoli sotto un unico simbolo, in quanto "clausola identitaria palese"[204], quasi a voler *occultare*, a *beneficio* degli europeisti scettici (per usare la felice espressione di

[199] Cfr. A. Carrino, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, Modena, 201; E. Galli della Loggia, *Gli errori e la speranza*, in G. Amato ed E Galli della Loggia, *Europa perduta?*, Bologna, 2014, p. 83.

[200] Il riferimento è all'espressione utilizzata da F. Gabriele, *Europa: la "Costituzione"* abbandonata, Bari, 2008.

[201] Gli altri simboli dell'Unione sono «l'Inno alla gioia della Nona sinfonia di Ludvig van Beethoven», il motto «Unità nella diversità», la «moneta» dell'euro e il 9 maggio quale giornata celebrativa. Oltre tutto, il Preambolo della stessa "Costituzione europea" afferma che «persuasi che i popoli dell'Europa, pur restando fieri della loro identità e della loro storia nazionale, sono decisi a superare le antiche divisioni e, uniti in modo sempre più stretto, a forgiare il loro comune destino»: una *dichiarazione* sull'esigenza di "costruire" valori unificanti che farebbe emergere «un sicuro "indizio" di tendenziale sopranazionalità e federalismo»: così, E. Triggiani, *Un Trattato per la futura "unità europea"*, in Id. (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Bari, 2004, p. 18.

[202] E. Triggiani, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, p. 12.

[203] E. Galli della Loggia, *Gli errori e la speranza*, cit., p. 82.

[204] P. Häberle, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006, p. 9.

Ralph Dahrendorf), se non proprio degli avversari dell'Europa, la questione dell'eventuale (ri)emersione (periodicamente sollevata) dell'*appartenenza*.

Molti Paesi sono stati fermi avversari della Bandiera europea mentre altri hanno sentito il bisogno di inserire in una *Dichiarazione*, la 52, allegata al TFUE, con la quale 16 Stati su 27 hanno appunto attestato che la Bandiera rappresentante un cerchio di dodici stelle dorate su sfondo blu, l'inno alla gioia e il motto *uniti nella diversità* «continueranno ad essere i simboli della comune appartenenza dei cittadini all'Unione europea e del loro legame con la stessa».

Da questa *simbolica* dichiarazione si comprende come nonostante le dichiarazioni di principio, i diversi *considerandа* dei trattati nei quali si afferma la volontà di procedere più speditamente all'integrazione, di ispirarsi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa e di credere nel processo di creazione di un'Unione sempre più stretta fra i popoli, ciascun popolo appartenente ad uno degli Stati che compongono l'Unione europea *sentirà* come sua soltanto la *propria* Bandiera ritenendola la sola rappresentativa della propria storia e della propria appartenenza ad una comunità nazionale, cioè, in definitiva, statuale.

Non dovrebbe sorprendere allora la circostanza in ordine alla scelta, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri Renzi, di sostituire la Bandiera dell'Unione europea con simboli tricolori in occasione di sue dichiarazioni pubbliche rilasciate tramite *social media*.

Il disposto normativo sull'uso della Bandiera dell'Unione europea è disciplinato dal d. lgs. N. 121 del 2000 in base al quale è fatto obbligo di esporre la suddetta Bandiera in tutti gli uffici dei membri del Governo «alle spalle e in prossimità della scrivania del titolare dell'ufficio»[205].

Vero è che, in quella occasione il Presidente del consiglio parlava in qualità di segretario del suo partito, ma è anche vero che il potere d'esternazione esercitato nel suo studio a Palazzo Chigi potrebbe integrare la violazione della norma da ultima citata[206].

Sta di fatto, in ogni caso, che la *preferenza* per i simboli tricolori in luogo di quello dell'Unione è un sintomo del fatto che dell'esposizione della Bandiera dell'Unione si

[205] Art. 7, D.p.R. del 7 aprile 2000, n. 121, *Regolamento recante disciplina dell'uso delle bandiere della Repubblica italiana e dell'Unione europea da parte delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici*.

[206] M. Malvicini, *La vicenda delle bandiere dietro il Presidente del Consiglio Renzi. Noterella giuridica*, in *Forumcostituzionale.it*, 22 novembre 2016.

ritiene possa farsi a meno, almeno in talune circostanze, anche da parte delle massime autorità dello Stato.

Insomma, se è vero che i simboli rappresentano ciò che tiene insieme ed evocano un legame che in genere rimanda al passato, a un'identità radicata nel passato, che nel caso dell'Europa viene ritenuto ambiguo[207], è altrettanto vero che tale *ambiguità* è resa ormai palese, almeno nel Vecchio Continente sia dal dato formale della sopra richiamata *cancellazione* della norma sul simbolo nel Trattato di Lisbona sia dagli aspetti sostanziali, come quello appena evocato, che fanno della Bandiera dell'Europa un elemento, per dir così, secondario o accessorio della vita pubblica.

5. Considerazioni conclusive: la rinunzia alla Bandiera come arretramento della politica nell'ordinamento comunitario.

In realtà, l'abrogazione della disciplina comunitaria relativa alla Bandiera appare coerente con l'attuale configurazione dell'ordinamento comunitario, frutto di un'evoluzione iniziata con il Trattato di Maastricht nel 1993.

Il fenomeno comunitario, come è noto, aveva al suo sorgere una finalità politica estremamente precisa: il mantenimento della pace in Europa e l'affermazione dei diritti della persona negli Stati del Vecchio Continente, secondo una logica di palese rifiuto dell'esperienza totalitaria che, come noto, era caratterizzata da obiettivi opposti. L'ordinamento europeo era un ordinamento politico, nel senso che esprimeva un sistema assiologico ben determinato ed efficacemente riassunto dall'art. 2 del Trattato istitutivo.

I valori ivi espressi erano perseguiti per il tramite dell'intervento pubblico nell'economia finalizzato alla realizzazione di un sistema di mercato che, per un verso, rendesse economicamente non conveniente un conflitto armato e, per altro verso, consentisse il prosperare dei popoli europei mediante i vantaggi di un sistema economico concorrenziale, senza, peraltro, rinunziare a intervento correttivi qualora il libero gioco delle forze economiche non avesse consentito l'efficace perseguimento di tali valori[208].

[207] E. Galli della Loggia, *Gli errori e la speranza*, cit., p. 84.

[208] Il punto può essere, in questa sede, soltanto accennato, e si rinvia pertanto a qualche ulteriore considerazione, ove il lettore lo desideri, a R. Manfrellotti, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Torino, 2012, p. 36 ss.

Questo modello, come si diceva, ha subito, a partire dal 1993, una profonda mutazione. Progressivamente, l'economia, da strumento al servizio di un programma politico – sociale ha assunto la dimensione di un sistema di valori a sé stanti.

L'equilibrio economico – finanziario è stato progressivamente considerato un obiettivo, la cui valenza politica si è tanto rafforzata da determinare la cedevolezza dei valori legati alla persona quando in conflitto con le ragioni dell'economia. Sempre più spesso l'Unione Europea si esprime ufficialmente per bocca delle sue istituzioni economiche, in particolare la Banca Centrale Europea[209], sovente all'unisono con gli auspici delle istituzioni economico-finanziarie del mercato globale; e spesso gli interventi risultano finalizzati a modifiche nella disciplina, anche costituzionale, di significativi diritti della persona, nella prospettiva di depotenziare tali posizioni soggettive in nome della stabilità economica e di logiche legate al mondo della finanza.

Particolarmente emblematiche sono le vicende che hanno interessato nel 2009 la Grecia ma, altresì, la forte presa di posizione a favore della riforma della Costituzione italiana rigettata dal corpo elettorale il 4 dicembre 2016, che era ispirata a tale visione.

In sostanza, l'ordinamento comunitario ha posto in discussione il programma politico che ne aveva determinato il sorgere a favore di un sistema di valori legato al mercato globale.

La scomparsa di un istituto dal potentissimo valore simbolico, quale la Bandiera, appare coerente con la trasformazione che si è delineata.

La Bandiera europea, legata ad un'esperienza territorialmente determinata ed espressione di un sistema politico che aveva le esigenze della persona al proprio centro, mal si conciliava con la funzione di salvaguardia del sistema finanziario e del grande capitale che l'Unione Europea ha, oggi, assunto.

Tale modello appare, tuttavia, stridente con la filosofia politica del Costituente, al punto da rendere non peregrina la domanda se la limitazione della sovranità costituzionale a favore del sistema comunitario rispetti ancora la condizione della pace e della giustizia fra le Nazioni a cui l'art. 11 Cost. la subordina.

La collocazione del Tricolore tra i Principi fondamentali, come si è detto, esprime la prevalenza del modello politico espresso dalla Costituzione sulle logiche dell'economia e della finanza. Accanto al Tricolore, la Bandiera imperlata di stelle dell'Unione Europea esprimeva la matrice comune tra i due ordinamenti.

[209] Cfr. C. Buzzacchi, *Introduzione*, in *La Banca Centrale Europea*, a cura di Id., Milano, 2017, p. X.

Oggi, tuttavia, sulle istituzioni pubbliche il Tricolore sventola da solo. È auspicabile che le forze politiche italiane mantengano l'impegno a tenerlo alto, sul territorio nazionale così come nelle sedi decisionali europee a cui partecipano, unitamente ai valori irrinunciabili di cui esso è simbolo.

Abstract (inglese): The work investigates the symbolic value of the flag in terms of its link with political values in the constitutional order. Given some general considerations, it turns to current analysis of the meaning of the flag in the Italian and European Union perspective

Abstract (italiano): Il lavoro indaga il valore simbolico della Bandiera sotto il profilo del suo legame con i valori politici al centro dell'ordinamento costituzionale. Premesse alcune considerazioni generali, si rivolge poi all'attualità analizzando il significato della Bandiera nella prospettiva dell'ordinamento italiano ed europeo.

Key words (inglese): Bandiera – Simbolo – Valore

Key words (italiano): Flag – Symbol – Value

Notizie sugli Autori

Irene Tricomi – Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Daniela Mone – Ricercatore di Diritto amministrativo, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

Luigi Labruna – Professore emerito di Diritto romano, Università di Napoli "Federico II"

Franco Roberti – Procuratore Nazionale Antimafia

Giacomo Palombino – Dottorando di ricerca in Diritto dei servizi pubblici nell'ordinamento italiano ed europeo, Università di Napoli "Parthenope"

Giovanni Luchena – Professore associato di Diritto dell'economia, Università di Bari "Aldo Moro"

Raffaele Manfrellotti – Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Napoli "Federico II"