*Quaderni della* Rivista di Diritto Costituzionale

4

# DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E GURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

*Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*

*a cura di*

CARLO CALVIERI

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2006 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 88-348-5704-6

*Composizione:* Carla Degiacomi e Guido Mittiga - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

# INDICE

*pag.*

*Intervento di saluto*, di Anna Rosa Sindico XIX

*Presentazione del seminario*, di Antonio Ruggeri XXI

RELAZIONI

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI E DIRITTI DI CITTADINANZA

*di Giuditta Brunelli*

1. Eguaglianza e cittadinanza politica 3
2. Nozioni di cittadinanza e titolarità dei diritti politici 6
3. Il riconoscimento del voto amministrativo locale agli stranieri non comunitari 12
4. Il riequilibrio di genere della rappresentanza politica: *a*) le discriminazioni «alla rovescia» 20
5. *Segue*: *b*) le discriminazioni «interne» al gruppo sociale svantaggiato 28
6. Intersezioni e percorsi paralleli 32

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E POSIZIONE DEI SOGGETTI «DEBOLI». SPUNTI PER UNA TEORIA DELLA «DEBOLEZZA»

*di Luisa Azzena*

1. Premessa 35
   1.1. Soggetti «deboli» e eguaglianza 36

*pag.*

1.2. Soggetti «deboli» e diritti 37
1.3. Considerazioni in ordine al metodo 38
2. Concetto di «debolezza» 39
2.1. «Debolezza» «di fatto» e «debolezza» voluta dall'ordinamento (ovvero: «debolezza» come «causa» o come «effetto» del trattamento diseguale) 40
2.2. Politicità del concetto di «debolezza» 41
2.3. Concetto di «debolezza» e pluralità degli ordinamenti giuridici 42
2.4. Conclusione sulla nozione di «debolezza» 44
3. Eguaglianza e diritti 46
3.1. L'evoluzione del concetto di eguaglianza 46
3.2. I diritti fondamentali come parametro della «debolezza». Analogia con la dottrina statunitense dei *preferred rights* 47
4. Il (possibile) contenuto della tutela dei soggetti «deboli» (in astratto) 54
5. Verifica del concetto di «debolezza» alla luce del diritto oggettivo 59
5.1. Ruolo del legislatore e del giudice, in teoria 59
5.2. Il «riconoscimento» dei soggetti «deboli» da parte della Costituzione 61
5.3. La tutela dei soggetti «deboli» nella legislazione statale e regionale 63
5.4. La «debolezza» nella giurisprudenza costituzionale 66
5.4.1. L'interpretazione del principio di eguaglianza e il rispetto per la scelta politica del legislatore 67
5.4.2. Il rigore del sindacato (*strict scrutiny*) in ordine ai diritti fondamentali 72
5.4.3. La nozione di «debolezza» risultante dalla giurisprudenza costituzionale 75
6. La tutela multilivello dei soggetti «deboli» 76
6.1. La tendenza all'elaborazione di forme di tutela internazionali e sovranazionali 76
6.2. Eguaglianza e diritti nell'Unione europea 77
6.3. Prospettive di raccordo tra le diverse forme di tutela 83

*pag.*

INTERVENTI PROGRAMMATI

## EGUAGLIANZA DEL VOTO DEI CITTADINI ITALIANI IN ITALIA: DIRITTO DI VOTO ATTIVO ED ELEZIONI REGIONALI

*di Alessandro Sterpa*

1. Premessa 89
2. Il problema del principio di eguaglianza del diritto di voto attivo 89
3. La Costituzione, l'eguaglianza del diritto di voto attivo e le elezioni regionali 95
   3.1. Principio di eguaglianza e titolarità del diritto di voto attivo 95
   3.2. Una vicenda particolare: il referendum impossibile sullo Statuto della regione Puglia 99
   3.3. Principio di eguaglianza ed esercizio del diritto di voto attivo 102
      *a*) La formula elettorale e la legislazione di contorno 103
      *b*) La dimensione dei collegi/circoscrizioni elettorali ed il rapporto numerico tra elettori ed eletti 106
      *c*) Gli ulteriori requisiti per l'esercizio del diritto di voto 109
4. Un caso risolto di discriminazione al contrario: i cittadini comunitari residenti nelle Regioni speciali 115

## PARITÀ E DIRITTO DI VOTO DEGLI ITALIANI RESIDENTI ALL'ESTERO O «FRAMMENTAZIONE» DELLA RAPPRESENTANZA?

*di Laura Ronchetti*

1. Comunità politica e delocalizzazione 119
2. Nazionalità e cittadinanza. Italiani, o cittadini, questo è il problema 125
3. Italiani all'estero e voto. La rappresentanza nazionale «frazionata» 131
4. (Dis)Parità tra gli italiani a seconda della residenza 137

*pag.*

BREVI NOTE INTORNO ALL'«ASPRA CONTESA»
TRA GOVERNO ED AUTONOMIE LOCALI
SULL'ESTENSIONE DEL DIRITTO DI VOTO
E DELL'ELETTORATO PASSIVO
AGLI STRANIERI EXTRACOMUNITARI

*di Carmela Salazar*

1. Premessa 143
2. Il parere n. 8007/2004 del Consiglio di Stato 146
3. L'interpretazione degli artt. 48 e 51 Cost., alla luce del «diritto vivente costituzionale» 150
4. Il voto agli immigrati nelle elezioni locali ed in quelle nazionali 157

LA CONVIVENZA «SENZA MATRIMONIO»
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

*di Nicola Pignatelli*

1. La crisi della famiglia fondata sul matrimonio: la struttura e l'oggetto del giudizio 163
2. La nozione di famiglia e il valore costituzionale della convivenza *more uxorio*: i parametri 168
3. Il falso problema della discriminazione e la tutela dei diritti inviolabili: le decisioni rese nel giudizio in via incidentale 174
4. Un contributo giurisprudenziale ulteriore: le decisioni rese sugli Statuti regionali 180
5. Indicazioni per il legislatore e per i giudici: i principi 182
6. La discriminazione delle coppie omosessuali: le «omissioni» della Corte costituzionale 186

PROFILI DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE
NELL'AMBITO DELLA SCUOLA

*di Michele Della Morte*

1. Premessa: il legame tra diritti e organizzazione nella giurisprudenza costituzionale in materia scolastica 195
2. Il divieto di discriminazione dei disabili 197

*pag.*

2.1. Lo *status* giuridico degli insegnanti di religione 201
2.2. Il divieto delle discriminazioni di genere 205
3. Il divieto di discriminazione nella «scuola delle cittadinanze» 208
3.1. Il rispetto dell'identità culturale degli studenti e il collegamento con il principio di laicità 212
4. La questione della discriminazione della scuola nella giurisprudenza costituzionale 215
5. La libertà di scelta della scuola come garanzia di equità: problemi aperti 218
6. La riduzione delle disuguaglianze educative: cenni sull'esperienza francese delle ZEP (*zones d'éducation prioritaire*) 225

DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE
E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.
LA CONDIZIONE DEI CARCERATI
*di Carlo Colapietro*

1. Premessa 229
2. La «diversità» dei detenuti per il presunto assoggettamento ad un rapporto di «supremazia speciale» 235
3. La storia dell'ordinamento penitenziario italiano dall'Unità ad oggi tra continuità e discontinuità 238
4. Il principio di umanizzazione e quello di «tendenziale» finalità rieducativa delle pene: dal primato della persona umana del detenuto alla concretizzazione dei suoi diritti in carcere 246
4.1. L'art. 27, 3° comma, Cost.: il principio rieducativo 248
4.2. *Segue:* il principio di umanizzazione della pena 252
5. Il riconoscimento e la garanzia dei «diritti» dei detenuti, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale: la pratica elusione delle garanzie costituzionali da parte della normativa sull'ordinamento penitenziario 254
5.1. I diritti «personali» dei detenuti 255
5.2. La libertà di comunicazione dei detenuti 258
5.3. Il diritto alla salute dei detenuti 261
5.4. I diritti dei detenuti lavoratori 265

*pag.*

5.5. La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale 269
6. Immigrati e carcere: l'espulsione come pena alternativa alla detenzione 271
7. Considerazioni conclusive 275

## RELAZIONI, COMUNICAZIONI E INTERVENTI

### DIVERSITÀ DI BISOGNI, DIVERSA DISTRIBUZIONE DI RISORSE E TUTELA DEI DIRITTI NEL MERCATO DEI SERVIZI PUBBLICI. ESISTE ANCORA UN COMPITO PER LE POLITICHE PUBBLICHE?

*di Carlo Calvieri*

1. Considerazioni preliminari 283
2. Alcune singolari prese di posizione della Corte costituzionale in tema di responsabilità e forme di gestione di servizi pubblici 284
3. Alcune brevi note in ordine alla sent. n. 272/2004 e le conseguenze relative alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica 288
4. Conclusioni 291

### APPUNTI IN TEMA DI *WEB USABILITY* E SOGGETTI DEBOLI

*di Luisa Cassetti*

1. L'accessibilità e l'usabilità di un sito web dinanzi alle prospettive della *e-democracy* 295
2. *Web usability* e siti della pubblica amministrazione nell'attuazione dell'*e-government* 297
3. Il contenuto delle regole sulla *web usability* 299
4. L'usabilità dei siti della pubblica amministrazione tra Stato e autonomie regionali e locali 300

*pag.*

LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE DEGLI IMMIGRATI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL CONCETTO DI NUCLEO IRRIDUCIBILE DEL DIRITTO

*di Tiziano Checcoli*

1. Introduzione 307
2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute come diritto ad essere curato: uno sguardo d'insieme 308
3. L'attuale disciplina legislativa sull'immigrazione in tema di diritto alla salute 310
4. Il concetto di nucleo irriducibile del diritto: potenzialità e rischi di una categoria 313

SUL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE IN BASE ALL'ORIENTAMENTO SESSUALE TRA «IDENTITÀ INDIVIDUALE» E «PLURALISMO SOCIALE»

*di Antonio D'Aloia*

1. Considerazioni introduttive sulle evoluzioni della «questione sessuale» nell'esperienza costituzionale 319
2. L'identità sessuale come «orientamento»: definizioni e confini del tema 320
3. Orientamento sessuale e divieto di discriminazione nelle dinamiche costituzionali espresse e implicite 321
4. L'omosessualità come condotta libera: l'eliminazione progressiva del reato di sodomia. La giurisprudenza della Corte EDU e gli orientamenti della Corte Suprema degli USA (da «Bowers» a «Lawrence») 323
5. L'omosessualità come condizione protetta (dalla incostituzionalità della punizione al divieto di discriminazione). Il passaggio «intermedio» della tutela del transessualismo 327
6. L'omosessualità tra identità individuale e aspirazione al modello «familiare»: la giurisprudenza della Corte di giustizia europea 330
7. *Segue*: la formazione asimmetrica di un «diritto europeo» delle unioni tra persone dello stesso sesso 332

*pag.*

8. *Segue*: un «*excursus*» fuori dall'Europa: matrimoni omosessuali e *partnerships registered* in USA, Canada e Sud Africa 338
9. Quale spazio per le unioni omosessuali nella Costituzione italiana? Argomenti per l'ammissibilità di uno statuto giuridico delle convivenze tra persone dello stesso sesso, al di fuori delle categorie di «famiglia» e «matrimonio» 341
10. Libertà di circolazione in Europa, diritto internazionale privato, riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali 346
11. La «genitorialità» delle coppie gay: un divieto «giuridicamente ragionevole» ma «praticamente eludibile»? 350

L'INTEGRAZIONE POLITICA ED ECONOMICA DEI MIGRANTI, TRA ORDINAMENTO INTERNO E PROSPETTIVE COMUNITARIE: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

*di Alessia Di Capua e Elettra Stradella*

1. Cittadinanza e diritti politici: una relazione dinamica 357
2. Il riconoscimento del diritto di voto per i cittadini extracomunitari: profili metodologici ed ipotesi ricostruttive 361
3. Gli *input* comunitari all'estensione dei diritti politici agli stranieri 366
4. La gestione dei flussi migratori a carattere economico 368
5. I documenti più recenti 369
6. Il dibattito in corso: l'audizione pubblica del 14-15 marzo 2005 organizzata dal Parlamento europeo 374
7. Considerazioni conclusive (…) nell'attesa del Programma d'azione della Commissione 378

LA COSTITUZIONE NAZIONALE «DEBOLE»? TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO E CARTE DEGLI STATI MEMBRI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE FRANCESE E SPAGNOLA

*di Francesco Duranti*

1. Premessa 383
2. La *décision* 19 novembre 2004, n. 2004-505 DC del *Conseil constitutionnel* francese 385

*pag.*

3. La *declaración* 13 dicembre 2004, n. 1/2004 del *Tribunal Constitucional* spagnolo 391
4. Considerazioni conclusive 401

IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE (ANCHE INDIRETTA) DEI LAVORATORI «ANZIANI». NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA AMERICANA

*di Paola Torretta*

1. Il «*disparate impact*» in ragione dell'età approda alla Corte Suprema Americana: il caso degli ufficiali di polizia di Jackson 405
2. La decisione del Giudice americano nel difficile bilanciamento fra tutela contro gli atti «indirettamente discriminatori» e ragionevoli motivi di differenziazione dei lavoratori in funzione dell'età 407
3. L'ADEA e il «*disparate impact*»: il ricorso per discriminazione indiretta nella disciplina della legge federale del 1967 409
4. La condizione di «debolezza» del lavoratore «anziano» all'interno delle logiche che governano il mercato dell'occupazione 412
5. Un'«incursione» nell'esperienza italiana. Tutela del lavoratore in età matura *versus* efficienza della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il caso dell'ordinanza n. 268/2001 414
6. La necessità di andare oltre una tutela meramente giurisdizionale: il ruolo della formazione professionale (specialmente continua) nella protezione sociale del diritto al lavoro dei soggetti non più giovani 416

L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NELLE PRONUNCE COSTITUZIONALI CHE MANIPOLANO PIÙ VOLTE LO STESSO TESTO LEGISLATIVO

*di Luciana Pesole*

1. L'orientamento di fondo della giurisprudenza costituzionale sul principio di non discriminazione: il rispetto per la discrezionalità legislativa 425

*pag.*

2. La peculiarità delle ipotesi in cui la Corte, in nome del principio di non discriminazione, modifica più volte lo stesso testo legislativo 427
3. La stretta connessione al caso concreto e la frammentazione del disposto normativo manipolato dai plurimi interventi della Corte 433

DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI UGUAGLIANZA? UN TENTATIVO DI PROBLEMATIZZAZIONE DEL DIBATTITO INTERNO ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA SOVRANAZIONALE

*di Oreste Pollicino*

1. Una dichiarazione di metodo e di intenti 439
2. Asfissia e mancata concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza costituzionale interna 441
3. La dimensione sovranazionale come possibile modello di inspirazione. Il valore aggiunto dell'approfondimento dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza comunitaria: *focus* su 3 casi esemplari 446
   3.1. Le potenzialità della nozione di discriminazione indiretta nell'accertamento della disparità di fatto 450
   3.2. Il percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale 452
   3.3. La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario e la parziale emancipazione della componente valutativa di accertamento della discriminazione dalla congenita matrice relazional-comparativa 455
4. Alla ricerca del verso discendente della mutua alimentazione tra ordinamenti: quali, per il nostro quadro costituzionale in tema di uguaglianza, i possibili effetti benefici derivanti dalla parallela esperienza sovranazionale? 461
   4.1. Considerazioni conclusive 467

OMOSESSUALITÀ E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE UN CASO DI STUDIO: L'ESPERIENZA SUDAFRICANA

*di Veronica Valenti*

1. I presupposti di fatto 472

*pag.*

2. Il principio di non discriminazione per orientamento sessuale 474
3. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di principio di non discriminazione per orientamento sessuale 476
4. La diversa interpretazione del *common law marriage* 480
5. La decisone adottata. Il dissenso del Giudice Farlam 483

*Intervento*, di Francesco Cerrone 487

*Il ruolo della cultura e dei soggetti sociali nella riflessione dei giuristi in tema di «non discriminazione» e cittadinanza*, di Gaetano Azzariti 491

*Relazione di sintesi*
*Discriminazione, non discriminazione e problemi attuali del costituzionalismo*, di Gianni Ferrara 495

Il presente volume raccoglie gli atti ed anche successive comunicazioni del seminario organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa.

La giornata di studio, sul tema: *Divieto di discriminazione e giurisprudenza della Corte costituzionale*, si è svolta presso la sede del Consiglio Regionale il 18 marzo 2005 e si è avvalsa del patrocinio del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Perugia e del prezioso contributo del Centro Studi Giuridici e Politici della Regione.

La pubblicazione vede oggi la luce anche grazie al supporto finanziario offerto dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Perugia alla cui Presidente, Avv. Anna Rosa Sindico, va il ringraziamento del curatore del volume e dell'Associazione Gruppo di Pisa.

C.C.

# *Intervento di saluto*

*di Anna Rosa Sindico*

Porto il saluto del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Perugia che ha voluto contribuire alla pubblicazione degli atti di questo seminario.

Devo subito dire che trovo il tema del convegno estremamente affascinante. È un tema che fa pensare a tante conquiste sociali e vittorie culturali che hanno fatto seguito a tante battaglie.

Gli aspetti da indagare attengono al concetto di uguaglianza o di debolezza riferibile a soggetti che pur non essendo «deboli» intrinsecamente, possono diventarlo in determinate condizioni e subire quindi forme di discriminazione.

E allora quali strumenti, quali interventi e quale diritto deve intervenire per verificare quando sussistano condizioni effettive di debolezza di un soggetto e cosa si può fare per superarle?

E quali sono i soggetti deboli? Tutti i cittadini in determinate situazioni possono divenire soggetti deboli.

In ambito familiare vi è quasi sempre un coniuge c.d. «debole» nel momento in cui si manifesta una crisi nel rapporto matrimoniale.

E debole non è necessariamente il coniuge economicamente meno favorito.

Debole può essere il genitore che esce dalla casa familiare allontanandosi definitivamente – e nel giro di poche ore – dai propri affetti più cari e senza portare con sé nulla di tutto ciò che riempiva la sua vita di ogni giorno; così come debole è il genitore che cresce quasi da solo i figli, spesso nel disinteresse dell'altro coniuge e anche senza alcun aiuto morale o materiale e a volte in condizioni economiche ai limiti dell'indigenza.

Soggetto debole è altresì il minore conteso in situazioni di continuo disagio e di conflitto esasperato tra i genitori; e soggetti deboli possono essere i nonni che molto spesso vengono posti fuori da qualsiasi rapporto diretto con i nipoti.

In ambito sociale soggetto debole è ancora la donna in politica, ove si verifica un consistente e direi allarmante deficit di rappresentanza.

Debole è la donna nell'ambito della professione e nel mondo del lavoro in generale, laddove si sconta un consistente ritardo in termini di progressione

nella carriera e di raggiungimento di obiettivi rispetto all'uomo che svolge la stessa attività lavorativa con pari anzianità e ciò, perché ancora oggi il lavoro di cura dei figli, della famiglia e degli anziani è comunque rimesso quasi esclusivamente alla donna e deve cumularsi con il lavoro svolto fuori dell'ambito familiare.

In ambito giudiziario penso al processo penale ove si considera soggetto debole l'imputato, mentre non viene spesso considerato il dramma della parte civile, i cui diritti sembrano quasi affievoliti rispetto a quelli dell'imputato, pur essendo invece la parte che il danno lo ha subito e non lo ha provocato.

In ambito civilistico penso al cittadino che chiede giustizia e che la ottiene in tempi tali che il fatto vanificano la portata della decisione e a volte il suo interesse alla stessa.

E ancora in ambito sociale, penso al diverso, all'emarginato, allo straniero, confuso da realtà di vita diametralmente opposta a quelle cui è abituato; al portatore di handicap e ai portatori di gravi malattie ed alle famiglie che li assistono, penso all'anziano solo.

Mi chiedo infine fino a che punto è compito del legislatore intervenire nelle varie situazioni e fino a che punto è compito dell'interprete della legge.

Sicuramente i risultati del convegno porteranno ad una riflessione doverosa che potrà anche essere periodicamente affrontata con incontri come quello di oggi, da programmare per il futuro anche in previsione di nuovi diritti che sorgono in una società complessa come la nostra.

# *Presentazione del seminario*

*di Antonio Ruggeri*

Per quanto possa suonar strano e persino, sotto più aspetti, paradossale, pur essendosi detto molto già *ab antiquo* sull'eguaglianza, molto ancora resta da dire.

Per un verso, il tema somiglia alla tela di Penelope, col passare del tempo essendo senza sosta fatto e rifatto, specie al fine della sua conformazione a nuovi e pressanti bisogni. Tanto più oggi si rende urgente una complessiva riconsiderazione del tema, sol che si abbia riguardo al processo assai avanzato e vieppiù incalzante di intensificazione dei vincoli di solidarietà tra gli Stati, in ambito europeo (per ciò che a noi maggiormente interessa) ma pure nella più ampia dimensione internazionale. Ciò che – come tenterò di precisare meglio tra un momento – mette a nudo i limiti, sempre più crescenti e vistosi, delle riflessioni, antiche e recenti, svolte in prospettiva – come dire? – «curtense» e però, per ciò stesso, *quodammodo* autoreferenziale, quali sono appunto quelle usualmente adottate da quanti si volgono verso il tema stesso in chiave «nazionale» (o, forse meglio, «nazionalistica»).

Per un altro e ancora più rilevante verso, si avverte, diffuso per quanto non sempre esplicitato, il senso d'insoddisfazione per come si è fin qui guardato al divieto costituzionale di discriminazioni: un'insoddisfazione che a me sembra essere, in primo luogo, di metodo, più ancora che di ordine teorico-ricostruttivo, e che, pertanto, obbliga tutti noi ad un approfondito riesame critico non solo per ciò che abbiamo lasciato indebitamente nell'ombra ma anche per quanto abbiamo invece posto in primo piano, facendolo tuttavia oggetto di parziale, distorta e complessivamente inappagante osservazione.

Senza ora allargare lo sguardo al modo o ai modi con cui al nostro tema si sono accostati cultori di altre discipline (a partire, ovviamente, dai filosofi, e non solo del diritto) e restando, dunque, nell'*hortus conclusus* in cui si ambientano e svolgono le analisi a noi maggiormente familiari, non pochi sembrano essere i limiti ai quali vanno incontro gli studi correnti, persino quelli della più accorta e sensibile dottrina.

Due mi sembrano quelli di maggiore evidenza.

Da un lato, stanno alcune trattazioni, anche particolarmente corpose e però ormai largamente risalenti, che si segnalano per un certo astrattismo e per un modo complessivamente invecchiato d'impostazione. Un astrattismo che – si faccia caso – si coglie purtroppo pure negli studi dedicati all'eguaglianza sostanziale, dove l'impatto del principio fissato nell'art. 3, 2° comma della Carta nella vita di relazione è sommariamente descritto nei suoi lineamenti di fondo, per come appunto costituzionalmente tracciati, senza però che a ciò facciano seguito adeguate verifiche sul campo, alla luce dell'esperienza concretamente maturata in applicazione di quel principio, specie dal particolare, illuminante angolo prospettico della giurisprudenza (costituzionale prima e comune poi), vale a dire per l'incidenza dalla stessa esercitata nelle pratiche giuridiche e sociali in genere.

Dall'altro lato, poi, v'è tutta una produzione letteraria, praticamente sterminata, che si disperde nei mille rivoli in cui, sollecitata dalla parimenti incontenibile varietà dei casi, si articola e svolge la giurisprudenza, sia costituzionale che ordinaria. Una produzione fatta perlopiù di articoli e commenti, alcuni dei quali iperspecialistici, e che, pur laddove di indubbio, particolare interesse, portano nondimeno con sé il vizio di essere troppo schiacciati sul contingente e reciprocamente slegati, sì da smarrire il comune, necessario riferimento ad una matrice unitaria e, con esso, l'attitudine ad essere composti in un quadro organico, dotato di una sua complessiva caratterizzazione.

La giurisprudenza, per quest'aspetto, ha fatto sia del bene che del male, seppure ovviamente con riguardo a quest'ultimo in modo involontario, alla cultura giuridica: l'ha obbligata (ed obbliga) a riflettere su questioni dapprima impensate o scarsamente pensate ma ha pure, in un certo senso, fatto (e fa) perdere l'orientamento, distogliendo alle volte proprio dall'essenza del fenomeno indagato e facendo piuttosto attrarre l'attenzione da profili oggettivamente di non primario rilievo. La giurisprudenza – e mi riferisco ora specificamente a quella della Consulta – ha, sì, portato ad un allargamento del campo costituzionale, ad una certa dilatazione della «materia» costituzionale, come specie un tempo (ma ancora oggi da parte di molti) si era soliti chiamarla: una dilatazione conseguente alla varietà e novità dei casi (a torto o a ragione) considerati di rilievo costituzionale. Ciò che, nondimeno, ha comportato il costo di non consentire di legare i molti fili che si dipanano dal principio di eguaglianza, né tra di loro né – ciò che è peggio – alle volte proprio al cuore del principio stesso, nella sua essenza di valore più immediatamente e genuinamente espressiva.

Il Seminario che oggi si svolge, grazie alla disponibilità al riguardo generosamente offertaci dai colleghi di Perugia ed all'impegno infaticabilmente profuso nell'organizzazione da C. Calvieri, cui a nome del Gruppo che mi onoro di presiedere esprimo una particolarmente sentita riconoscenza, vorrebbe non

già colmare antiche carenze o rimediare a taluni eccessi di ricostruzione, che sarebbe a dir poco presuntuoso (ma, a conti fatti, ingenuo) pensare di poter in un sol colpo riparare; piuttosto, mira ad alimentare una ripresa del dibattito, facendolo scorrere su taluni binari almeno in parte inusuali ed idonei a condurre a fecondi e – nei limiti del consentito – non troppo effimeri risultati.

La giurisprudenza (segnatamente, quella costituzionale), conformemente ad una tradizione che costituisce la cifra identificante il nostro Gruppo, si pone pur sempre quale specifico ed illuminante riferimento. Due punti sono, poi, messi attraverso di essa particolarmente a fuoco, ai quali si riportano le relazioni introduttive di G. Brunelli e di L. Azzena, cui fanno da corona alcuni interventi programmati.

L'uno riguarda la questione cruciale, come si sa oggi fortemente discussa, relativa al rapporto tra eguaglianza e cittadinanza; l'altro, il rapporto tra l'eguaglianza stessa e la posizione dei soggetti «deboli».

In fondo, può però dirsi che, in un caso e nell'altro, dominante è la preoccupazione per la tutela dei soggetti maggiormente esposti (e, in questo senso, «deboli»), tant'è che opportunamente la stessa Brunelli e, dopo di lei, anche altri, come la Salazar, hanno ritenuto di dover volgere lo sguardo particolarmente agli extracomunitari al fine della verifica dell'eguaglianza sul piano dei rapporti politici, in un contesto segnato dalla fluidità e mobilità degli elementi di cui tradizionalmente si connotano le vicende degli Stati e dall'affannosa (e, a dirla tutta, non poco confusa) ricerca di un senso nuovo della sovranità e della partecipazione alla stessa da parte della comunità governata, avuto specifico riguardo al fatto elettorale, ai suoi presupposti, lo svolgimento, gli effetti.

Alcune delle soluzioni, sia pure non di rado con giusta e saggia cautela problematicamente affacciate, delle quali si è potuto avere informazione grazie all'anticipata pubblicazione dei lavori sul sito *web* dell'Università che ci ospita, potranno fare discutere; e non nascondo che non sempre mi fanno del tutto persuaso e che, anzi, vorrei riservarmi ancora del tempo per riflettere. Ciò che, però, senza esitazione alcuna, mi preme qui subito segnalare, a merito di chi le ha proposte e ce ne preciserà ora meglio il senso con l'esposizione orale, è l'impegno scrupoloso ed attento di studio profuso da parte di tutti, dalla relatrice così come dagli interventori, e – ciò che ai miei occhi ha ancora maggior pregio – la tensione morale che anima e ravviva le soluzioni stesse (notazione, questa, che essendo pari altresì alla seconda relazione ed ai relativi interventi).

Nessuna preclusione, in forza di antichi orientamenti (ma, forse, sarebbe meglio dire: *preorientamenti*) ideologici o di dottrina, v'è per quanti sono ai margini del circuito in cui maturano le decisioni che danno corpo alla sovranità o, addirittura, ne sono interamente esclusi. Semmai, si discute del modo migliore, costituzionalmente corretto, per far luogo ai riconoscimenti che fan-

no ad oggi difetto; e qui, segnalo particolarmente l'articolata proposta affacciata dalla Brunelli di dar spazio ora alle procedure della revisione costituzionale, laddove s'incida sulla rappresentanza politica (e, dunque, con riguardo alla formazione degli organi elettivi locali), ed ora invece di dar modo agli atti comuni di normazione e agli stessi statuti di autonomia locale di apprestare le opportune discipline al fine di appuntare anche sul capo degli extracomunitari quei diritti di partecipazione di cui sono ad oggi privi.

La preoccupazione, che in qualche passaggio si converte in vera e propria inquietudine, davanti alle discriminazioni nell'*effettivo* godimento (tengo a rimarcare il significato dell'aggettivo) dei diritti fondamentali ed agli ostacoli frapposti alla loro forte, naturale vocazione a diffondersi e radicarsi in ogni essere umano, superando le barriere il più delle volte artificiosamente erette dall'appartenenza in base alla cittadinanza, sta a base della definizione teorica di «debolezza» proposta da L. Azzena. Una definizione che – sono certo – animerà non pochi dibattiti ma che ha, a mia opinione, l'innegabile pregio di legare l'eguaglianza ai diritti fondamentali, e di farlo in modo tale da rendere sostanzialmente indistinguibili i principi che esprimono sia l'una che gli altri, in autonomi concettualmente e positivamente, siccome ricomposti da un'inusuale prospettiva teorico-ricostruttiva in «sistema» unitariamente ed assiologicamente significante: un sistema, cioè, dove ciascuna delle parti smarrisce la sua stessa identità al di fuori del necessario, costante riporto alle altre e di tutte assieme all'ordine di valori su cui poggia la Repubblica.

Alcuni interventi mettono, poi, a nudo la condizione di particolare disagio in cui versano alcuni soggetti, già all'interno di gruppi, come quelli «parafamiliari», in cui si svolge la vita di relazione e, quindi, in altre istituzioni, quali quelle scolastiche e, forse più ancora, quelle carcerarie. Una condizione afflitta da *irragionevolezza* (nell'accezione più densa, assiologicamente qualificata, del termine), a motivo della palese inadeguatezza e vera e propria incongruità rispetto ad essa delle discipline positive e – di più – delle loro concrete applicazioni, discriminatorie appunto senza giustificazione, sia avuto riguardo alla tavola dei valori costituzionali unitariamente considerata e sia in relazione alle regole ed ai principi che presiedono al governo delle istituzioni in parola e ne danno la complessiva caratterizzazione.

Ovviamente, qui si sarebbe potuto estendere a dismisura l'indagine, portandola in molti altri campi di esperienza comunitaria; e mi auguro, anzi, che ciò possa almeno in parte farsi grazie agli interventi «liberi».

Quelli presi *ex professo* di mira costituiscono, ad ogni buon conto, punti di snodo in cui in modo emblematico è possibile verificare lo scarto tra l'ambizioso, generoso (ma, forse, utopico e comunque ingenuo) disegno del Costituente di edificare una società giusta ed una realtà sottostante (normativa e non) dallo stesso non poco lontana e che anzi parrebbe, in alcune sue manife-

stazioni e tendenze, irresistibilmente portata a discostarvisi in sensibile misura, con conseguenze a tutt'oggi solo in parte adeguatamente indagate.

Lo studio che oggi si avvia dà, poi, modo di stabilire quanto lunga sia ancora la strada da percorrere al fine di dar vita ad un proficuo ed intenso «dialogo» tra le Corti (e, segnatamente, tra le Corti europee e quelle costituzionali), in vista di un deciso superamento delle discriminazioni, quanto meno delle più gravi e vistose. Forse, però, il nodo sta a monte; e riguarda un non pienamente coincidente modo di guardare all'uomo, ai suoi problemi e bisogni ed alla sua complessiva vicenda terrena, pure da parte di Costituzioni (e, tra queste, includo ora anche la c.d. Costituzione europea) poggianti su basi di valore, se non proprio comuni (come eufemisticamente si qualificano essere le «tradizioni costituzionali» degli Stati componenti l'Unione europea), largamente condivise.

La questione richiederebbe un lungo discorso che non mi è ora consentito (non dico di svolgere compiutamente ma neppure) di avviare nei suoi termini essenziali. Non posso, ad ogni modo, considerarmi sgravato dell'obbligo di accennare al fatto che posizioni «deboli», in base al dettato della nostra Carta costituzionale e/o all'esperienza sulla sua base (e però anche *contro* di essa) formatasi, potrebbero essere riparate dal sussidio al riguardo offerto dal diritto internazionale e sovranazionale, nonché dalla giurisprudenza dall'uno e dall'altro alimentata: quanto meno, così *dovrebbe* essere, secondo «modello». Non mi nascondo, tuttavia, il rischio che, specie con riguardo ad alcuni campi di esperienza, possa piuttosto aversi l'inverso; e discipline comunitarie – ché di queste giova specificamente discorrere – ancora meno avanzate di quella nazionale e complessivamente meno attrezzate a far fronte ai bisogni, anche i più elementari, di cui si fanno portatori i soggetti maggiormente esposti, storicamente ed attualmente discriminati, potrebbero ugualmente trovare il modo di farsi strada in seno agli ordinamenti nazionali, aggravando le disuguaglianze piuttosto che riducendone la portata, sia pure alle volte in forma mascherata e, perciò, tanto più subdola ed insidiosa.

Certo, lo scudo dei «controlimiti» non *dovrebbe* consentirlo. La circostanza, tuttavia, che non s'è dato ad oggi alcun caso di norma comunitaria bloccata ai confini del territorio della Repubblica in nome dell'eguaglianza (o, magari, di altri valori fondamentali) solleva non poche perplessità ed anche una certa inquietudine, inducendo alla cautela circa l'effettiva attitudine dell'arma dei «controlimiti» a servire allo scopo per cui è stata pensata: quanto meno, per come è usualmente intesa e si vorrebbe fosse applicata. Discorso diverso potrebbe invece farsi dalla prospettiva che riguarda ai «controlimiti» stessi all'insegna di un indirizzo metodico-teorico non «conflittuale» bensì connotato dal mutuo, paritario sostegno delle Carte (e delle norme che vi danno svolgimento), al servizio dei diritti fondamentali, secondo quanto si è tentato di

argomentare meglio altrove, in un senso che mi parrebbe ora, sia pure con originali svolgimenti, ripreso anche nella densa riflessione di L. Azzena.

Di più ora non posso dire, se non che una volta di più la giurisprudenza, a Lussemburgo (o a Strasburgo) come pure nelle capitali europee e via via discendendo in ogni altro luogo, è chiamata ad una faticosa ma affascinante opera di conversione di disposti normativi afflitti da antiche e non rimosse carenze in pratiche giuridiche orientate verso l'effettiva eguaglianza: un'opera di ricucitura, insomma, che faccia volgere le Carte, l'europea come la nazionale, e gli ordinamenti sulle stesse fondati gli uni verso gli altri, nell'intento di realizzare la più intensa tutela, alle condizioni storicamente date, dei diritti fondamentali, e di restituire per questa via a ciascun essere umano la dignità che troppe volte gli è negata ovvero solo verbalmente (e, perciò, fraudolentemente) riconosciuta.

Sono certo che dal Seminario di oggi potranno venire utili indicazioni alla pratica giuridica, specie allo scopo, cui ho appena fatto cenno, della convergenza dei processi interpretativi e della reciproca, salutare imitazione di quanto di meglio i loro esiti sono in grado di offrire in vista dell'appagamento del bisogno di eguaglianza. L'approfondimento dello studio e l'equilibrio delle ricostruzioni proposte, unitamente alla passione che anima i partecipanti (e, tra questi, mi piace segnalare particolarmente i più giovani) costituiscono una garanzia di sicura riuscita del nostro incontro.

# RELAZIONI

# DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI E DIRITTI DI CITTADINANZA

*di Giuditta Brunelli*

SOMMARIO: 1. Eguaglianza e cittadinanza politica. – 2. Nozioni di cittadinanza e titolarità dei diritti politici. – 3. Il riconoscimento del voto amministrativo locale agli stranieri non comunitari. – 4. Il riequilibrio di genere della rappresentanza politica: *a*) le discriminazioni «alla rovescia». – 5. *Segue*: *b*) le discriminazioni «interne» al gruppo sociale svantaggiato. – 6. Intersezioni e percorsi paralleli.

## 1. *Eguaglianza e cittadinanza politica*

Per affrontare il tema che mi è stato affidato, ritengo necessarie alcune precisazioni preliminari di carattere terminologico e definitorio. Collocherò il mio ragionamento in un particolare (e discusso) punto di intersezione tra le due nozioni di cittadinanza-appartenenza (*nationality*, *nationalité*) e cittadinanza-partecipazione (*citizenship*, *citoyenneté*) [1], quello dei *diritti politici*. La cittadinanza – afferma la Corte costituzionale, riferendosi alla prima nozione – è uno «stato giuridico costituzionalmente protetto (…) che importa una serie di diritti nel campo privatistico e pubblicistico e inoltre, *in particolare*, *diritti politici*» [2]. Una posizione soggettiva, dunque, particolarmente connotata dal riconoscimento dei diritti allo *status activae civitatis*; ed infatti la piena cittadinanza, quella capace di trasformare i sudditi in cittadini, si sostanzia in quei diritti civili, sociali e politici indispensabili perché un sistema possa definirsi democratico [3].

Occuparsi del rapporto tra diritti di cittadinanza e principio di eguaglianza in uno Stato di democrazia matura, come il nostro, significa in primo luogo prendere atto che non è sufficiente considerare il solo divieto di discrimina-

[1] G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 37-38.

[2] Sent. n. 87/1975, n. 2, cons. dir.

[3] G. ZINCONE, *Cittadinanza*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Lessico della politica*, Roma, 1987, 56.

zione, ma che è necessario affrontare anche l'aspetto delle *misure positive* intese a realizzare un'eguaglianza effettiva. Mi spiego meglio: se mi occupo dell'eventuale riconoscimento di forme di partecipazione politica (ad esempio, il voto amministrativo locale) agli stranieri non comunitari, è al divieto di discriminazione che devo guardare. Devo chiedermi, infatti, se sia compatibile con il carattere democratico dell'ordinamento un divario troppo ampio e durevole tra società civile e società politica, un *gap* significativo tra residenti a lungo termine e titolari del diritto di voto [4]. Gli individui non devono essere sottoposti a decisioni pubbliche che non possano contribuire ad elaborare [5]: ma gli immigrati, nella nostra come in molte altre democrazie, pur titolari di diversi diritti civili e sociali, restano generalmente esclusi dalla sfera dei diritti politici [6]. Se mi occupo invece della realizzazione della piena cittadinanza politica delle donne, cioè di un incremento del loro accesso alle cariche pubbliche elettive, nel cui ambito sono gravemente sottorappresentate, è all'introduzione di misure positive (come le tanto discusse quote elettorali) che devo guardare.

Il discorso ha una logica precisa: i due casi degli immigrati e delle donne sono emblematici di come la cittadinanza possa presentarsi come un *processo* non concluso [7], il primo sotto il profilo dell'eguaglianza formale, il secondo dal punto di vista di quella sostanziale. E, d'altra parte, come mostra la giurisprudenza costituzionale, i due significati di eguaglianza desumibili dall'art. 3 Cost. sono tra loro *complementari*: il 2° comma della disposizione costituzionale «esprime un *criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale"*, nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di ri-

---

[4] G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello Stato e della società civile*, Bologna, 1992, 235.

[5] H.J. CARENS, *Membership and Morality: Ammission to Citizenship in Liberal Democratic States*, in W. BRUBAKER (a cura di), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, Lanham, 1989, 37. Ricorda a questo proposito M. WALZER, *Citizenship*, in *Dem. dir.*, nn. 2-3, 1988, 44, come sia Rousseau (e, poco dopo, Kant) a dare alla cittadinanza le sue moderne connotazioni filosofiche, collegandola alla teoria del consenso: «Nel *Contratto sociale* il cittadino è il libero ed autonomo individuo che crea, o contribuisce a creare le leggi cui obbedisce: "L'obbedienza ad una legge che noi prescriviamo a noi stessi è la libertà". Soltanto la comunità politica costituisce un'arena appropriata per questa autocreazione etica».

[6] Alcuni Stati membri dell'Unione europea già concedono il diritto di voto a livello locale a tutti gli stranie ri residenti, fatte salve talune condizioni: ciò avviene, ad esempio, in Danimarca, Irlanda, Paesi Bassi, Svezia, Finlandia, Belgio e Spagna: vedi i dati riportati da G. ZINCONE, *Rappresentanza e diritto di voto*, in Commissione per le politiche degli immigrati presso il Dipartimento per gli Affari Sociali, *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, Roma 21 giugno 1999, 20, in *www.cestim.it/commissione_integrazione/convegno_partecipazione_immigrati.doc* .

[7] G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 233.

muovere i limiti "di fatto" all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della "piena" determinazione della persona e quello della "effettiva" partecipazione alla vita comunitaria» [8]. È pertanto corretto affermare che il principio di eguaglianza «può essere rappresentato come una linea progressiva ma appunto *una*, fatta di stadi e significati differenti ma non slegati gli uni dagli altri»; esso, nelle moderne democrazie costituzionali, è «un complesso contenitore di istanze e di strumenti giuridici, tenuti insieme dal supremo valore della pari dignità sociale della persona» [9].

Il tema della partecipazione politica degli immigrati, cui dedicherò la prima parte della mia riflessione, chiama in causa questioni come il rapporto tra nazionalità e cittadinanza, l'esistenza di forme di cittadinanza parziale, la stessa tenuta del concetto classico di cittadinanza come appartenenza ad una comunità politica statuale in una situazione in cui la «porosità dei confini» diventa sempre più caratteristica ineliminabile delle democrazie liberali (che non possono certamente chiudersi a rifugiati, richiedenti asilo, immigrati, lavoratori stranieri temporanei) [10].

Quanto agli strumenti positivi di accesso delle donne alle cariche elettive, cui è dedicata la seconda parte della relazione, vorrei soffermarmi in particolare su due aspetti: le modalità che consentono di evitare, o almeno di limitare, il pericolo che tali strumenti si convertano in una discriminazione alla rovescia a danno del genere maschile (e su questo punto indicazioni assai preziose ci provengono dalla giurisprudenza della Corte costituzionale); il tema, che qualcuno ha posto [11], della omogeneità delle soluzioni normative da adottare

---

[8] Sent. n. 163/1993, 3, cons. dir. Si tratta di un indirizzo interpretativo che ha consentito alla Corte costituzionale di legittimare pienamente le azioni positive volte ad assicurare alle donne uno *statuto effettivo* di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico (si tratta della sent. n. 109/1993, in materia di imprenditoria femminile, sulla quale avrò modo di ritornare).

[9] Così A. D'ALOIA, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana*, in L. CALIFANO (a cura di), *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, 2004, 34. Per G. FERRARA, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, vol. II, Milano, 1974, 1104, è proprio la nozione di «pari dignità sociale» a costituire l'elemento di congiunzione fra il 1° e il 2° comma, dell'art. 3, Cost. Egli osserva, al riguardo, che «lo stesso nucleo concettuale che ci sembra possibile poter supporre come deducibile dalla dizione "pari dignità sociale", se questa è ripensata in tutte le sue proiezioni, *si specifica nel secondo comma*» (corsivo non testuale).

[10] S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, 2005, 199.

[11] In particolare M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi in politica diviene «rappresentanza protetta»: tra riforme e interpretazione costituzionale*, in Le *Regioni*, 2003, 497 ss.; R. TOSI, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, in a cura di R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, 108 ss.; G. BRUNELLI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica: le questioni aperte*, ivi, 23 s.; ID., *Le «quo-*

per promuovere l'equilibrio delle candidature ai vari livelli di rappresentanza elettiva, e in particolare nel livello regionale, affinché non si determini, paradossalmente, una lesione del principio di eguaglianza *all'interno* dello stesso gruppo sociale svantaggiato, i cui componenti potrebbero ricevere un diverso trattamento, privo di giustificazione razionale, nelle diverse parti del territorio nazionale. La discriminazione di fatto nell'accesso alla rappresentanza politica, infatti, è un problema di *genere*, trasversale dunque e tendenzialmente autonomo dall'articolazione territoriale dell'ordinamento giuridico statale. Esso, inoltre, attiene alla titolarità di un diritto costituzionale fondamentale – quello di elettorato passivo – per il quale la giurisprudenza costituzionale prescrive una disciplina il più possibile unitaria sul piano nazionale. Questa giurisprudenza si applica anche alle azioni positive elettorali?

## 2. *Nozioni di cittadinanza e titolarità dei diritti politici*

La cittadinanza-appartenenza è qualificata dal peculiare rapporto tra chi ne è titolare e il *territorio* dello Stato. È il giudice costituzionale a ricordarci che il cittadino: a) ha nel territorio un suo domicilio stabile; b) ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica, senza limiti di tempo; c) non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato [12].

Quanto alla cittadinanza-partecipazione, sempre più spesso se ne sottolinea la non sovrapponibilità alla cittadinanza in senso stretto. Si osserva, infatti, che l'espressione «diritti di cittadinanza» (*rights of citizenship*) identifica «un patrimonio di diritti che dovrebbe essere tipicamente ("normalmente") riconosciuto dai sistemi giuridici democraticamente sviluppati» [13]. Partendo dalla considerazione che le odierne costituzioni, e in particolare la nostra, conferiscono un grande risalto ai diritti umani, in qualche misura *disancorandoli dalla cittadinanza*, Giorgio Berti osserva come essi abbiano determinato una vera e propria divaricazione tra gli elementi dello Stato nazionale, il *popolo* e il *territorio*, nel senso che «il popolo non è solo o nella stragrande maggioranza quello che si lega al territorio, per nascita, storia, lingua. Se la nazionalità era tutto sommato un artificio creato dalla politica per chiudere i confini dello Stato e premere con la potenza dentro e fuori di esso, la *non-nazionalità* ha un con-

---

*te» riprendono quota? (A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale)*, in *Le Regioni*, 2001, 536.

[12] Sent. n. 104/1969, n. 4, cons. dir. Per G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza*, cit., 41, il nucleo irrinunciabile della cittadinanza-appartenenza è data proprio dal *diritto di risiedere*.

[13] M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, cit., 30.

tenuto molto più autentico e veritiero» [14]. Questa idea di «cittadinanza costituzionale» [15] non è affatto estranea alla giurisprudenza del giudice delle leggi: mi riferisco, naturalmente, alla notissima sent. n. 172/1999, in cui si parla della partecipazione degli apolidi ad una «comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto», la quale «accoglie e accomuna tutti coloro che, *quasi come in una seconda cittadinanza*, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost., là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto (…) dal legame di cittadinanza» [16]. In questa decisione, peraltro, la collocazione giuridica degli apolidi viene esplicitamente e nettamente distinta da quella degli stranieri e si sottolinea, altresì, come ai primi sia riservata un'ampia tutela, in conformità alla norme internazionali, «*in tutti i campi diversi da quelli della*

[14] G. BERTI, *Cittadinanza*, *cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11 e 17 (corsivo non testuale). L'A. sottolinea come l'idea di *nazione* o il concetto di *nazionalità* abbiano avuto storicamente la funzione di indicare la *naturalità* dell'appartenenza allo Stato, in base al principio secondo cui la nazione è un aggregato che si forma spontaneamente tra i popoli, e che si ispira a unità di vicende storiche, di lingua, di costumi, ecc. Si tratta, tuttavia, di una falsa rappresentazione, giacché, in realtà, «la conformazione delle nazioni avviene anch'essa in ragione della forza politica e non della libertà delle persone» (6). In senso analogo, S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., 211, osserva che i concetti di cittadinanza (nel senso di appartenenza a una comunità politica) e di identità nazionale (nel senso di appartenenza ad un particolare gruppo linguistico, etnico, religioso e culturale) vanno distinti l'uno dall'altro: «Le comunità politiche non sono composte da gruppi omogenei per nazionalità ed etnia. Storicamente ciò è vero negli Stati Uniti, nel Regno Unito, in Canada, Australia e Nuova Zelanda, quanto lo era negli imperi plurinazionali e multietnici asburgico e ottomano». Indicazioni preziose per una rilettura dei concetti, classici della teoria politica, di «cittadinanza», «nazionalità» e «popolo», provengono dall'interpretazione della cittadinanza europea proposta da J.H.H. WEILER, *La cittadinanza europea*, in B. BEUTLER-R. BIEBER-J. PIPKORN-J. STREIL-J.H.H. WEILER (a cura di), *L'Unione europea. Istituzioni*, *ordinamento e politiche*, Bologna, 2001, 707-708: la norma sulla cittadinanza europea posta dai Trattati di Maastricht e Amsterdam «ha come premesse la separazione concettuale netta tra nazionalità e cittadinanza e una concezione di una società, il cui *demos*, i cui membri sono intesi *in primis* in termini civili e politici, piuttosto che etnico-culturali. Da questa prospettiva, l'Unione europea è composta e appartiene a cittadini che *per definizione* non hanno la medesima nazionalità. La sostanza di un'appartenenza comune (e dunque di un *demos*) va ricercata nel perseguimento dei valori comuni dell'Unione, come espressi nei suoi documenti costitutivi, nel perseguimento, *inter alia*, dei doveri e dei diritti di un'organizzazione che si occupa di determinati settori della vita pubblica, nel perseguimento di una appartenenza comune in una società che privilegia esattamente l'opposto del nazionalismo – vale a dire quei tratti dell'uomo che trascendono le differenze etnico-culturali». In argomento vedi anche S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La Costituzione europea*, Annuario 1999, Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-9 ottobre 1999, Padova, 2000, 446.

[15] G. BERTI, *Cittadinanza*, cit., 12.

[16] Sent. n. 172/1999, n. 2.3, cons. dir. (corsivo non testuale).

*partecipazione politica*»[17]. La posizione speciale degli apolidi, non assimilabile a quella degli altri non-cittadini[18], e la ribadita esclusione della titolarità dei diritti politici, lasciano quindi in larga misura impregiudicata la questione che intendo qui trattare, dell'eventuale riconoscimento di forme di partecipazione politica agli stranieri non comunitari. Questo è infatti il problema che si agita oggi, come inevitabile conseguenza delle dimensioni assunte dal fenomeno migratorio, in Italia e in Europa. Ho già ricordato come molte esperienze democratiche riconoscano agli immigrati diversi diritti civili e sociali, escludendoli invece dalla titolarità e dall'esercizio dei diritti politici. Sotto questo aspetto, è interessante osservare come la condizione degli stranieri in alcuni paesi europei mostri un capovolgimento della teoria marshalliana, secondo cui, dalla rivoluzione francese in poi, la cittadinanza comporta inizialmente l'attribuzione dei diritti civili, poi quella dei diritti politici, e infine quella dei diritti sociali, determinandosi in tal modo la piena cittadinanza[19]. Oggi assistiamo invece a forme di cittadinanza parziale, in cui l'acquisizione dei diritti politici o manca del tutto o si colloca comunque alla fine del processo[20].

Si tratta di una questione formidabile, che ha a che fare con il tema del *potere politico*, della sua titolarità e del suo esercizio[21], e di una questione che

---

[17] Per apprezzare la non-irragionevolezza della scelta del legislatore di estendere l'obbligo militare agli apolidi residenti in Italia, deve rilevarsi «la circostanza che essi godono di un'ampia tutela in tutti i campi diversi da quelli dalla partecipazione politica, come prescritto dalla (…) Convenzione di New York del 28 settembre 1954 e dall'abbondante legislazione nazionale in materia di rapporti civili e sociali che li riguarda, alla stessa stregua dei cittadini italiani. Una legislazione – culminata nell'affermazione di principio della piena parità di trattamento e della piena eguaglianza di diritti tra apolidi e cittadini italiani (artt. 1, 1° comma, e 2, 1°-5° comma, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) – che induce a ritenerli parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa» (sent. n. 172/1999, n. 2.3, cons. dir.).

[18] Così anche T.F. GIUPPONI, *Il voto amministrativo agli stranieri: verso un diritto «condizionato?*, in *Quad.cost.*, 2004, 127, secondo il quale questa decisione «non sembra rappresentare un modello generale di interpretazione in materia di estensione di diritti politici agli stranieri, anche perché ha elaborato tale (comunque vago) concetto non in merito al cittadino straniero, ma in relazione al particolarissimo *status* dell'apolide, categoria diversa e che pone problemi peculiari di disciplina, proprio perché relativa a soggetti privi di ogni cittadinanza».

[19] G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza*, cit., 38. Sulla classica nozione sociologica di cittadinanza elaborata da T.H. Marshall nel 1949, vedi G. ZINCONE, *Cittadinanza*, cit., 57 ss.

[20] Tale capovolgimento è segnalato da S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., 214, la quale osserva che gli stranieri usufruiscono della piena tutela giuridica dei propri diritti civili (reddito, proprietà, libertà di coscienza e di religione) e di gran parte dei diritti sociali, «mentre il godimento dell'appartenenza politica è loro precluso o reso estremamente difficile».

[21] Come sottolinea giustamente G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La cittadinanza europea*, cit., Annuario 1999, 482, porre le questione dei diritti politici in termini di *potere politico* è imposto dalla qualifica-

deve essere affrontata con prudenza. È noto che la due strade da percorrere, non necessariamente in alternativa tra loro, ma ricostruibili anzi come un percorso virtuoso [22], sono quelle di un «ammorbidimento» dei criteri di attribuzione della cittadinanza e del riconoscimento del diritto di voto a livello amministrativo locale agli stranieri non comunitari regolarmente e stabilmente residenti sul territorio nazionale. La prima strada, io credo, va percorsa tenendo ben presente che la cittadinanza, come appartenenza formale allo Stato, resta in Italia e altrove un istituto essenziale dell'organizzazione politica statale [23]: vanno quindi respinte concezioni di tipo svalutativo, che immaginano un «tramonto» della concezione formale di cittadinanza, intesa come rapporto giuridico tra l'individuo e lo Stato di appartenenza, a favore dell'affermazione di una *nozione sostanziale*, imperniata sul criterio di *appartenenza reale* della persona ad una data comunità sociale. Il territorio dello Stato diventerebbe così il «luogo geometrico della condivisione di interessi, principi e valori comuni» [24]. Credo si possa controbattere a questa opinione con le parole di Sergio Bartole, che intravede nella valorizzazione della dimensione universale del riconoscimento e della protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali a detrimento del concetto di cittadinanza-appartenenza una ricostruzione che, pur giustamente critica delle concezioni etniche, è «palesemente visionaria nel definire i tratti di un ordinamento aperto e pronto ad accordare le sue tutele a tutti i soggetti (*rectius*, le persone) cui accada di entrare in contatto con esso» ed «astrae dai dati di diritto positivo non solo interno, ma europeo ed internazionale» [25]. Sembra allora più corretto ricercare un ragionevole compromesso fra gli interessi dei cittadini a pieno titolo e i diritti degli immi-

---

zione stessa di tali diritti, dalla «loro attitudine ad esprimere il potere di chi ne è titolare o, almeno, la tensione del titolare all'esercizio del potere politico».

[22] Per G. ZINCONE, *Rappresentanza e diritto di voto*, cit., 10, «[*a*]*ccesso semplificato alla cittadinanza e voto amministrativo sono strumenti non alternativi*, *ma concomitanti*. Il voto locale costituisce sia una tappa intermedia nella strada verso la naturalizzazione, sia un'alternativa per chi non voglia o non possa naturalizzarsi». Nello stesso senso P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie all'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *www.federalismi.it*, 11, 2003, 2.

[23] Così S. BARTOLE, *La cittadinanza*, cit., 448, il quale osserva che proprio per questo «ad Amsterdam si è ritenuto di aggiungere alla previsione di una cittadinanza dell'Unione europea il principio che essa completa la cittadinanza nazionale, e non la sostituisce o la rimpiazza».

[24] A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 2002, 56.

[25] Così S. BARTOLE, *La cittadinanza*, cit., 448, a proposito del volume di M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Padova, 1997, in particolare 127 ss. Sui due approcci prevalenti nei dibattiti contemporanei, l'argomento universalista radicale a favore dell'apertura delle frontiere e la prospettiva civico-repubblicana delle «concezioni compatte della cittadinanza», vedi S. BENHABIB, *La rivendicazione dell'identità culturale*, cit., 198, che preferisce collocarsi in una posizione intermedia. In materia di cittadinanza vedi anche E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997.

grati, non disdegnando un metodo gradualistico idoneo a coniugare considerazioni di etica democratica e politiche di apertura proporzionate alle risorse disponibili [26]. In questa direzione si muove una recente Comunicazione della Commissione europea [27] in tema di immigrazione, integrazione e occupazione, nella quale, auspicando che i migranti diventino cittadini degli Stati membri, si fornisce appunto una serie di indicazioni di stampo gradualista, con l'associazione tra accesso alla cittadinanza e lunghezza del periodo di soggiorno del migrante nel paese interessato e con l'applicazione di principi diversi per i migranti di prima, seconda e terza generazione, proponendo forme di naturalizzazione «rapida, certa e non discrezionale» [28]. Su indicazioni di questo tipo avremmo in Italia molto da riflettere, considerando che la legge n. 91/1992 ha reso l'accesso alla cittadinanza per i non comunitari più difficile (raddoppiando il numero degli anni richiesti) e indurito le condizioni anche per i minori nati in Italia (introducendo il requisito della residenza legale e continuativa) [29].

---

[26] G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 234. In senso analogo G. BERTI, *Cittadinanza*, cit., 17, che propone «l'applicazione di *standards* quantitativi, alla ricerca di compatibilità e tollerabilità di tipo sociale, economico e finanziario», non potendosi sottovalutare il fatto che «troppo intense migrazioni creano problemi anche per i bilanci degli Stati». Da questo punto di vista, di fondamentale importanza si rivela la capacità delle classi politiche dirigenti di operare scelte precise sui criteri di *prima*, *seconda* e *terza selezione*, tesi a contemperare necessità economiche e/o di popolamento del paese, da una parte, e necessità di convivenza civile, dall'altra. Si tratta, in altri termini, di trovare un equilibrio ragionevole tra «[l]a propensione a favorire o a scoraggiare l'accesso al territorio, come pure la scelta dei criteri preferenziali per operare una *prima selezione*» nella fase «di *ingresso* (origine etnica, occupazione stabile, reddito sufficiente, abitazione conveniente, eccetera), la scelta dei criteri per la *seconda selezione*, quella, cioè, in cui si attribuisce un *permesso permanente* o a lunga scadenza (qualche anno di soggiorno regolare, rispetto dell'ordine pubblico, non pesare sul *welfare*, ecc.) e, infine, la scelta dei criteri per la *terza selezione*, l'attribuzione della *cittadinanza* (legami familiari con cittadini, lunga presenza regolare sul territorio, seconda o terza generazione nata in patria, conoscenza della lingua, ecc.)». Tutto questo, tenendo presente che, in linea di massima, «una cittadinanza povera di diritti e discrezionale si concede più facilmente. Così, i paesi dove vige lo *jus soli*, la nascita sul territorio, che è un criterio debole di attribuzione della cittadinanza, sono spesso anche paesi a *welfare* più debole e discrezionale. Mentre i paesi del Nord Europa sono poco generosi negli accessi, ma lo sono molto per la ricchezza dei diritti di cittadinanza e lo sono pure nella concessione di diritti intermedi ai residenti non cittadini» (G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 236 e 264).

[27] Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni su immigrazione, integrazione e occupazione (COM (2003) 336).

[28] Per i migranti di terza generazione, secondo la Commissione, la normativa nazionale dovrebbe prevedere un'acquisizione automatica o semiautomatica, laddove è ragionevole richiedere al migrante di prima generazione di presentare formale richiesta di cittadinanza. Gli Stati hanno facoltà di richiedere un periodo minimo di soggiorno, la conoscenza della lingua e di tenere nel debito conto la fedina penale. In ogni caso, i criteri di naturalizzazione devono esser chiari, precisi e obiettivi e si deve limitare il potere discrezionale amministrativo, assoggettandolo al controllo giudiziario.

[29] G. ZINCONE, *Rappresentanza e diritto di voto*, cit., 10. Sottolinea in proposito E. GROSSO,

Anche sul possibile riconoscimento del diritto di voto locale agli stranieri non comunitari il documento europeo appena citato contiene indicazioni interessanti; definisce, in particolare, un concetto prezioso, quello di *cittadinanza civile* o *civica* (*civic citizenship*), peraltro risalente già ad una Comunicazione della Commissione del novembre 2000 [30], che si sostanzia in «un nucleo comune di diritti e doveri fondamentali che il migrante acquisisce gradualmente nel corso di un certo numero di anni, in modo da garantire che questi goda dello stesso trattamento concesso ai cittadini del paese ospitante, anche quando non sia naturalizzato» [31] e che va considerata «un primo passo verso l'acquisizione della nazionalità dello Stato membro interessato». Il concetto di cittadinanza civica – e questo è un punto di estremo rilievo – comprende la possibilità di accedere alla *partecipazione politica*. Dopo aver ricordato le esperienze di alcuni Stati membri [32], la Commissione afferma che «il diritto di voto a livello locale deve discendere dalla *stabilità del soggiorno*, più che dalla nazionalità». In che modo questo auspicio potrebbe trovare realizzazione nell'ordinamento italiano? È il tema che tratterò nel prossimo paragrafo.

---

*La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001, 48, come la legge del 1992 abbia esaltato proprio la discendenza etnica, «semplificando il riacquisto della cittadinanza per gli ex-italiani che l'avevano perduta in seguito alla loro emigrazione all'estero, e rendendo al contrario assai più gravosa rispetto alla legge precedente la naturalizzazione degli stranieri (specie extracomunitari) residenti regolarmente in Italia». Sulle ragioni che consigliano la revisione dei criteri previsti dalla vigente normativa italiana sull'acquisto della cittadinanza e sulle modifiche possibili (soprattutto per favorire l'acquisto della cittadinanza dei minori stranieri nati in Italia e per naturalizzazione a seguito di lunga residenza), vedi P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza*, cit., 23 ss.

[30] COM (2000) 757.

[31] Si precisa nella Comunicazione del 2003 che la Carta di Nizza offre un quadro di riferimento preciso per l'introduzione della cittadinanza civile, poiché taluni diritti sono applicabili in quanto universali e altri derivano da quelli conferiti ai cittadini dell'Unione. In effetti, le norme comunitarie già conferiscono molti di questi diritti a tutte le persone che soggiornano legalmente nell'Unione: si vedano, ad esempio, gli artt. 194 e 195 del Trattato che istituisce la CE, concernenti il diritto di presentare una petizione al Parlamento europeo e al mediatore e l'art. 255 concernente l'accesso ai documenti; ancora, la direttiva n. 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 (in *GUCE*, 23 gennaio 2004, L 16/50), la quale prevede, per il cittadino di paese terzo che abbia acquisito, ai sensi dell'art. 3, lo *status* di soggiornante di lungo periodo, la possibilità di esercitare un'attività lavorativa subordinata o autonoma, di accedere a beni e servizi, la libertà sindacale, il libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro interessato (art. 11) nonché il diritto di soggiornare, per un periodo superiore a tre mesi, nel territorio di qualsiasi altro Stato membro diverso da quello che gli ha conferito lo *status* (art. 14).

[32] Vedi *supra*, nota 6.

## 3. *Il riconoscimento del voto amministrativo locale agli stranieri non comunitari*

La concessione graduale e selettiva del diritto di voto, che fu tipica dei regimi liberali ottocenteschi nei confronti delle classi subalterne, tende a riprodursi negli odierni regimi democratici verso gli immigrati, anche attraverso l'anticipazione di forme di voto parziale, a livello amministrativo [33]. Come si sa, il dibattito sul punto è aperto da tempo anche in Italia, e non mancano recentissime sentenze della Corte costituzionale (nn. 372 e 379/2004) che presentano un particolare interesse sotto questo profilo.

Com'è noto, la posizione giuridica dello straniero ha da tempo una definizione precisa nella giurisprudenza costituzionale: a partire dalla sent. n. 120/1967, il giudice delle leggi ha costantemente precisato che il principio di eguaglianza, letteralmente riferito dall'art. 3, Cost. ai soli cittadini, deve ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità all'ordinamento internazionale [34]. Di notevole interesse la decisione n. 11/1968, secondo la quale gli stranieri cittadini di uno Stato che non garantisca l'effettivo esercizio delle libertà democratiche – quei soggetti, cioè, ai quali l'art. 10, 3° comma, Cost., ha voluto offrire asilo politico – «devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*» [35]: restano quindi esclusi i diritti politici.

Su questo tema, come si sa, si fronteggiano diversi orientamenti dottrinali. Vi è chi, confortato dalla giurisprudenza costituzionale appena citata e dal tenore letterale dell'art. 48 Cost., afferma che per la concessione del voto amministrativo ai non cittadini sia necessaria una revisione della Costituzione [36]; al-

---

[33] G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 256.

[34] Sent. n. 120/1967, n. 2, cons. dir. Secondo la successiva sent. n. 104/1969, è ovvio che «per quanto attiene ai diritti inviolabili della personalità, che rappresentano un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti al cittadino, la titolarità di quei diritti, comune al cittadino e allo straniero nell'ambito di quella sfera, non può non importare, entro la stessa, una loro posizione di eguaglianza» (n. 4, cons. dir.).

[35] Sent. n. 11/1968, n. 6, cons. dir. Tra i diritti fondamentali rientrano, ad esempio, il diritto alla vita, specificamente protetto – in sede penale – dall'art. 27, 4° comma, Cost. (sent. n. 54/1979); il diritto di difesa in giudizio (sent. n. 198/2000); la protezione della famiglia in generale, e dei figli minori in particolare (sent. n. 376/2000). Non vi è invece un diritto all'acquisto della cittadinanza italiana (ordinanza n. 490/1988).

[36] Così F. LANCHESTER, *Voto:diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 1124, il quale, partendo dal presupposto che l'art. 48 Cost., costituisce la «matrice unitaria» della normativa in materia di diritto di voto e che la distinzione tra elezioni politiche ed amministrative non resiste «ad una valutazione sostanziale della compattezza con cui il Costituente ha trattato il tema del titolo di partecipazione alle votazioni del corpo elettorale», conclude che per

tri, invece, ritenendo che l'enunciazione contenuta nella sent. n. 11/1968, apparentemente perentoria, comporti soltanto l'esclusione degli stranieri dalla titolarità dei diritti politici *come diritti fondamentali*, concludono che tali diritti possano essere goduti (come diritti «legislativi») se il legislatore decide di ampliare l'ambito della tutela [37]. Questo secondo orientamento, nella sua versione più «moderata», precisa che il legislatore, nel conferire agli stranieri i diritti politici, incontra tuttavia dei limiti costituzionali invalicabili. In particolare, poiché l'art. 1 Cost. riserva al popolo *italiano* la sovranità, «agli stranieri non si possono conferire diritti politici il cui esercizio comporti il compimento di atti di sovranità». Così, sono da escludere il diritto di voto alle elezioni politiche e regionali, al referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost. e al referendum costituzionale di cui all'art. 138, al referendum territoriale previsto dall'art. 132. Può invece consentirsi il voto agli stranieri nelle elezioni locali nelle quali sia in giuoco la costruzione della rappresentanza per enti non titolari di potestà legislativa (province non autonome, comuni, altri enti locali), referendum locali e referendum consultivi nazionali. La Costituzione, insomma, riconoscerebbe al legislatore ordinario un margine relativamente ampio di intervento, ponendo al riparo soltanto «l'essenza della sovranità popolare» [38].

In realtà, a me sembra che questa tesi, pur mossa dall'intento apprezzabile di individuare un percorso più agevole della revisione costituzionale per l'integrazione politica dei non cittadini, si scontri tuttavia con il dato di fondo che nella Costituzione non vi è alcuna ambiguità sull'identificazione del concetto di *popolo* con la *comunità politica dei cittadini*: vi è un limite che «è posto dalla statualità delle istituzioni, dal rapporto dialettico ma ineludibile tra Costituzione e Stato, dalla inclusione della sovranità nella statualità anche quando le costituzioni la intitolano al popolo» [39]. Non è revocabile in dubbio, sotto il

---

la concessione del diritto di voto ai non cittadini è necessaria la revisione costituzionale sia per il livello amministrativo che per quello europeo: «Una soluzione differente, benché animata da spirito democratico ed europeistico, risulterebbe un pericoloso strappo alla Costituzione». (In realtà, com'è noto, l'Italia ha ratificato il Trattato di Maastricht del 1992, che prevede il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni locali dei cittadini comunitari residenti in uno degli Stati dell'Unione europea (vedi ora l'art. 19, 1° comma, Trattato CE) con legge ordinaria, essendovi tuttavia la copertura costituzionale costituita dall'art. 11 Cost.). Ritengono necessaria la revisione costituzionale per l'estensione del voto amministrativo agli stranieri non comunitari T.F. GIUPPONI, *Il voto amministrativo agli stranieri*, cit., 126 ss.; ID., *Il diritto di voto agli stranieri, tra «cittadinanza» e autonomie territoriali*, in *www.forumcostituzionale.it*; T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, *ibidem*.

[37] M. LUCIANI, *La Costituzione italiana e gli ostacoli alla Costituzione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 585; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, cit., 105 ss.; M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*, in *www.forumcostituzionale.it*. In senso analogo si era già espresso A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 1990, 145.

[38] M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati*, cit., 35.

[39] G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 24.

profilo teorico-generale, che uno degli elementi qualificanti della scelta costituzionale sia proprio la definizione rigorosa dell'elemento personale dello Stato, comprendente i soli cittadini. Se si vuole dunque procedere attraverso la legislazione ordinaria, per evitare gli scogli delle maggioranze qualificate e dell'eventuale referendum costituzionale [40], non si può che percorrere la strada maestra di una riforma della cittadinanza che ne enfatizzi il carattere elettivo piuttosto che quello etnico-nazionale [41].

Quanto agli ambiti di competenza statale e regionale in materia di diritti politici, vanno considerate le recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di autonomia statutaria regionale. Con le sentenze nn. 372 e 379/2004, relative agli statuti delle Regioni Toscana ed Emilia Romagna [42], la Corte ha chiarito che il tema del riconoscimento del diritto di voto agli immigrati resi-

[40] Vi è una seconda strada, suggerita in dottrina, per dotare di copertura costituzionale l'estensione del voto amministrativo locale agli stranieri. Nel ratificare la Convenzione di Strasburgo del 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale (legge 8 marzo 1994, n. 203), l'Italia ha espressamente escluso le disposizioni dell'intero capitolo C, relativo proprio all'elettorato attivo e passivo. L'art. 6, 1° comma, del capitolo C prevede, infatti, che «ciascuna parte contraente si impegna (…) a concedere il diritto di voto e di eleggibilità nelle elezioni locali ad ogni residente straniero, a condizione che questi (…) abbia risieduto legalmente ed abitualmente nello stato in questione nei cinque anni precedenti le elezioni». Si propone, allora, al legislatore una via «veloce e sicura»: «togliere la riserva posta alla ratifica del capitolo C della Convenzione di Strasburgo e contestualmente prevedere il necessario adeguamento dell'ordinamento giuridico italiano, con il conferimento dell'elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia da un periodo ininterrotto di 5 anni». La copertura costituzionale del provvedimento sarebbe assicurata dall'art. 10, 2° comma, Cost., in base al quale «[l]a condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali»: così P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza*, cit., 16. È critico sul richiamo alla citata disposizione costituzionale T.F. GIUPPONI, *Il diritto di voto agli stranieri*, cit., secondo il quale si tratta di una norma generale diretta ad altri fini. Va detto, peraltro, che si potrebbe aggiungere il richiamo all'art. 117, 1° comma, Cost., sui vincoli posti alla legislazione dello Stato dagli obblighi assunti in sede internazionale.

[41] Benché i segnali, da questo punto di vista, non siano incoraggianti. Mi riferisco, in particolare, alla legge 27 dicembre 2001, n. 459 (Norme per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero), di attuazione della riforma costituzionale del 2000, dalla quale sembra emergere l'opzione per una concezione «formale» o «nazionale» della cittadinanza, e il rigetto di una concezione «residenziale» della stessa: T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[42] Il governo aveva impugnato l'art. 3, 6° comma, dello statuto umbro, il quale stabilisce che «la Regione promuove, nel rispetto delle competenze costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati». Lo statuto dell'Emilia Romagna veniva impugnato nell'art. 2, 1° comma, lett. *f)*, dove si prevede che la Regione assicuri, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto agli immigrati residenti». Oggetto di ricorso governativo era anche l'art. 15, 1° comma, secondo cui la Regione, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente titolo, ivi compreso il diritto di voto nei *referendum* e nelle altre forme di consultazione popolare».

denti è di esclusiva competenza dello Stato: le disposizioni statutarie in materia sono da considerarsi enunciazioni alle quali «anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto» [43]. Al di là delle perplessità sollevate dalle affermazioni della Corte sul piano della teoria generale delle fonti del diritto [44], mi interessa qui sottolineare come emerga con assoluta chiarezza da queste decisioni che l'attribuzione del diritto di elettorato attivo e passivo, in quanto diritto politico fondamentale, sfugge alla competenza delle Regioni. Come si è giustamente osservato, «i diritti fondamentali, in quanto elemento cardine del patto costituzionale non potevano in alcun modo considerarsi oggetto disponibile per il legislatore statutario». «Non sono gli statuti regionali, fonti di autonomia, la sede deputata ad un'operazione di questo tipo, ma semmai essa può avvalersi o dell'*esercizio della funzione di revisione costituzionale* o dell'interpretazione del giudice e, in particolare, di quello costituzionale» [45].

Nel caso specifico dell'elettorato attivo e passivo, vi è un problema molto evidente – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale – di uniformità di trattamento nelle diverse parti del territorio nazionale dei diritti politici [46].

---

[43] Sentenza n. 379/2004, n. 2, cons. dir.

[44] Sulle pronunce citate nel testo, e sulla sent. n. 378 relativa allo statuto della Regione Umbria, si vedano gli interventi di A. Ruggeri, M. Pedetta, P. Caretti, G. Pastori, A. Cardone, S. Bartole, M. Cammelli, R. Bin, F. Pizzetti e G. Falcon in *www.forumcostituzionale.it*, e quelli di A. Anzon, T. Groppi e A. Vespaziani in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[45] P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it* (corsivo non testuale). Le Regioni hanno invece un ruolo nella implementazione dei diritti fondamentali fissati dalla Carta costituzionale: «ciò che resta del tutto integro è il ruolo (rilevantissimo) che le regioni possono svolgere sul terreno della concreta ed effettiva tutela dei diritti, giocando sull'intera tastiera dei poteri regionali, diretti e indiretti; il che rappresenta (…) la vera strada per costruire solide e percepibili identità regionali diverse». Una conferma di questa impostazione deriva dalla recente sent. n. 300/2005, con la quale la Corte costituzionale ha respinto, tra l'altro, la questione di legittimità degli artt. 6 e 7 della legge della Regione Emilia Romagna 24 marzo 2004, n. 5, che disciplinano le forme partecipative degli stranieri nella Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati. Le disposizioni impugnate dal Governo «lungi dall'invadere materie attribuite esclusivamente allo Stato, costituiscono anzi la attuazione, da parte della Regione Emilia Romagna, delle disposizioni statali che (…) prevedono (…) forme di partecipazione dei cittadini stranieri soggiornanti regolarmente nel Paese alla vita pubblica locale»; esse, inoltre, «non disciplinano in alcun modo la condizione giuridica dei cittadini extracomunitari, né il loro diritto di chiedere asilo, che restano affidati alla sola legge statale» (n. 6, cons. dir.).

[46] Come osserva T.F. GIUPPONI, *Il voto agli stranieri extracomunitari: sì, no, forse …*, in *Quad. cost.*, 2004, 851, «le stesse ragioni che hanno portato il legislatore di revisione a prevedere una competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, 2° comma, lett. *m*) sembrano *a fortiori* valere come

Già nella sent. n. 26/1965 si leggeva che «i principi stabiliti dalle norme che regolano l'elettorato sia attivo che passivo, attenendo all'attuazione del principio democratico, su cui si fonda la vita dello Stato, non possono venire derogati dalle leggi regionali» e che «le leggi statali in materia di diritti politici, e particolarmente in materia elettorale, sono leggi di attuazione della Costituzione, la quale al riguardo si limita ad enunciare soltanto criteri di massima, non compiutamente definiti» [47]. E ancora, secondo la decisione n. 108/1969, «[r]isponde ad una sicura esigenza di carattere generale che la disciplina dei diritti elettorali, in quanto attinente alle strutture essenziali di uno Stato a base democratica, sia dettata con norme destinate tendenzialmente ad operare su tutto il territorio della Repubblica» [48].

La stessa Corte, peraltro, nella citata sent. n. 379/2004, riconosce l'esistenza di una competenza statutaria in materia di *diritti di partecipazione*, come il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare che si svolgono a livello regionale. Così, se la Regione non può «intervenire nella materia delle elezioni statali, regionali e locali, riconoscendo il diritto di voto a soggetti estranei a quelli definiti dalla legislazione statale, od inserendo soggetti di questo tipo in procedure che incidono sulla composizione delle assemblee rappresentative o sui loro atti» [49], può invece «coinvolgere in altre forme di consultazione o di partecipazione soggetti che comunque prendano parte consapevolmente e con almeno relativa stabilità alla vita associata, anche a prescindere dalla titolarità del diritto di voto o anche dalla cittadinanza italiana». Si tratta, in ogni caso, di una materia che dovrà trovare attuazione in leggi regionali, ovviamente soggette al sindacato delle Corte [50].

---

ulteriore limite ad un'eventuale frammentazione dei diritti politici in senso stretto, e *in primis* del diritto di voto».

[47] Sent. n. 26/1965, n. 3, cons. dir. Pertanto – continua il giudice costituzionale – «non si vede come potrebbe ritenersi salvaguardata l'unità politica dello Stato in presenza di leggi regionali regolanti, in modo diverso da quanto il legislatore statale ha stabilito, una materia che (…) incide sulla garanzia della libertà democratica del Paese».

[48] Sent. n. 108/1969, n. 1, cons. dir. Nella precedente sent. n. 60/1966, la Corte aveva affermato che l'unità dello Stato «specialmente in tema di diritti politici è esigenza fondamentale dello stesso regime democratico» (n. 3, cons. dir.).

[49] Il regime dell'elettorato passivo e attivo nelle elezioni amministrative rientra nell'ambito della legislazione elettorale di Comuni, Province e Città metropolitane, che l'art. 117, 2° comma, lett. *p*) Cost. attribuisce alla competenza statale esclusiva: il nuovo testo dell'art. 117 «ha sostanzialmente confermato, sul punto, il previgente sistema, nel quale le regioni ordinarie, a differenza di quelle a statuto speciale, non avevano alcuna competenza in materia di ordinamento degli enti locali appartenenti al relativo territorio» (sent. n. 377/2003, n. 2, cons. dir.).

[50] Sent. n. 379/2004, n. 4, cons. dir. La decisione ha dunque dichiarato inammissibile – per «inefficacia giuridica» della disposizione impugnata – la censura relativa all'art. 2, 1° comma, lett. *f*), della delibera statutaria dell'Emilia Romagna, il quale prevede che la Regione assicuri, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto agli im-

Si può osservare come il ragionamento del giudice costituzionale si fondi anche sulla considerazione della diversa intensità – o, come si dice in linguaggio sociologico – della diversa *portata* dei diritti politici considerati, cioè del loro impatto sulle decisioni pubbliche [51]. È evidente che altro è il diritto di elettorato attivo e passivo, che incide sulla formazione e sulla composizione di assemblee politiche cui sono riconosciuti poteri effettivi di decisione (seppure non di rango legislativo), altra è la partecipazione a deliberazioni di tipo referendario, soprattutto se di carattere consultivo [52].

Questa distinzione emerge con particolare evidenza nel parere dell'Adunanza del Consiglio di Stato del 28 luglio 2004, n. 8007, relativo ad un quesito posto dalla Regione Emilia Romagna sull'ammissibilità dell'elettorato attivo e passivo, nelle circoscrizioni comunali, degli stranieri extracomunitari residenti, previsto dall'art. 50 del Comune di Forlì. In base all'interpretazione dell'art. 17, 4° comma, del d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), secondo il quale «Gli organi delle circoscrizioni rappresentano le esigenze della popolazione delle circoscrizioni nell'ambito dell'unità del Comune e sono eletti nelle forme stabilite dallo Statuto e dal regolamento» [53], il Consiglio di Stato afferma che il termine *popolazione* «impli-

migrati residenti», mentre ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, 1° comma, della medesima delibera, ove si stabilisce che la Regione, «nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente Titolo, ivi compreso il diritto di voto nei *referendum* e nelle altre forme di consultazione popolare». Quanto ai referendum previsti dallo statuto, va sottolineato che solo il referendum consultivo «per l'espressione di una valutazione delle comunità regionale, su materie o leggi di competenza della Regione» può essere richiesto da ottantamila *residenti* nei Comuni della Regione (art. 21, 1° comma, lett. *a*), mentre il referendum «per l'abrogazione totale o parziale di una legge regionale, di un regolamento o di un atto amministrativo di interesse generale» può essere chiesto da quarantamila *elettori* della Regione (art. 20, 1° comma, lett. *a*).

[51] G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 73.

[52] E ciò benché il referendum consultivo, privo di effetti giuridici vincolanti, sia comunque dotato di un suo peso specifico: è stata la stessa Corte ad osservare, in relazione a un referendum consultivo previsto da una legge della Regione Veneto sulla presentazione di una proposta di legge costituzionale per l'attribuzione alla Regione medesima di forme e condizioni particolari di autonomia, che non ci si può limitare ad osservare che da tale consultazione «non scaturirebbe alcun imperativo cogente o dovere giuridico inderogabile a carico del Consiglio regionale o degli organi della revisione costituzionale. Non può essere trascurato, perché è materia di apprezzamento costituzionale, che la rappresentanza regionale verrebbe comunque astretta ad un vincolo politico la cui forza appare in grado di offuscare la prospettiva meramente formale dell'ordine delle competenze interne alla Regione». Il referendum consultivo si presenta come un «istituto preordinato a rinsaldare i legami tra rappresentanti e rappresentati e che giammai potrebbe risolversi nella semplice manifestazione di opinioni di cui si arricchisce la dialettica democratica» (sent. n. 496/2000, n. 6, cons. dir.).

[53] Raccordato con il principio di «partecipazione popolare» in base al quale il precedente art. 8 prevede che «i Comuni, anche su base di quartiere o di frazione promuovono organismi

ca chiaramente, nella sua onnicomprensività, che di essa fanno parte tutti i residenti, cittadini e non, ivi compresi cioè gli stranieri che, per ragioni di lavoro, vivono stabilmente nel territorio comunale e sono quindi pienamente legittimati, *al pari dei cittadini*, a far valere di fronte alle istituzioni le proprie particolari esigenze connesse con il loro radicamento nel territorio». Un'apertura, dunque, non vi è dubbio: ma giustificata proprio dalle modeste competenze dei consigli circoscrizionali e circondata, come dirò subito, da molte cautele. Si sottolinea, infatti, che gli organi comunali circoscrizionali, ai sensi del citato art. 17 TUEL, hanno compiti *esclusivamente partecipativi e consultivi*, oltre alla gestione dei servizi di base (come asili nido, giardini, campi sportivi), *con esclusione quindi di qualsiasi funzione politica o di governo*, ovvero «di funzioni che implichino scelte di fondo sulla valutazione e comparazione degli interessi delle varie componenti della collettività di quartiere o di frazione che nella circoscrizione si identifica». È proprio il «ristretto e minimale ambito di competenze che la legge riserva ai consigli circoscrizionali» a consentire la partecipazione dei non cittadini. Accanto a questo riconoscimento, come dicevo, una lunga serie di puntualizzazioni e suggerimenti per «migliorare» il tenore della norma contenuta nell'art. 50 dello statuto del Comune di Forlì, ma in realtà per limitarne il più possibile l'impatto (evidentemente assai temuto): elevare il periodo di residenza previsto di tre e due anni (rispettivamente, per l'elettorato passivo e attivo) a sei o più anni (in conformità con il termine previsto dalla c.d. legge Bossi-Fini per poter chiedere la carta di soggiorno [54], perché sia certa la duratura permanenza dello straniero sul territorio; precisazione preventiva dei criteri con i quali accertare l'effettività della permanenza sul territorio, a seconda del tipo di lavoro svolto, della composizione del nucleo familiare, dell'eventuale legame di parentela con altri stranieri da tempo residenti ed eventualmente già in possesso della cittadinanza italiana, ovvero con cittadini italiani; padronanza perfetta della lingua italiana; misure atte ad evitare che possa verificarsi, nel caso di presenza nell'ambito circoscrizionale di insediamenti di cittadini stranieri particolarmente consistenti o addirittura maggioritari, un eccessivo squilibrio nei consigli circoscrizionali del rapporto tra italiani e stranieri (ad esempio, introduzione di una norma che riservi ad un cittadino italiano la carica di presidente del consiglio di circoscrizione) [55].

---

di partecipazione popolare all'amministrazione locale». Benché il parere non ne faccia cenno, si può ricordare anche l'art. 2, 4° comma, d.lgs. n. 286/1998 (testo unico delle leggi sull'immigrazione), ove si enuncia il principio della partecipazione degli immigrati regolarmente soggiornanti alla vita pubblica locale.

[54] Art. 9, 1° comma, d.lgs. n. 286/1998, nel testo modificato con legge n. 189/2002.

[55] Quando questo scritto era già in bozze, il Consiglio di Stato ha peraltro mutato orientamento, con il parere dell'Adunanza 6 luglio 2005, Sezioni I e II, reso su richiesta del Ministero dell'interno. Il quesito riguardava l'ammissibilità degli stranieri non comunitari all'elettorato attivo e passivo negli organi delle circoscrizioni comunali. Le Sezioni Riunite «non ritengono

Emerge in definitiva, anche dalla decisione costituzionale sullo statuto emiliano, l'idea – del tutto condivisibile, a mio avviso – che sia possibile operare una distinzione *interna* alla categoria dei diritti politici, in base alla *quota di potere* espressa o potenziale, e che sia compatibile con il rispetto dell'art. 3 Cost. – sia cioè *ragionevole* – differenziare su questa base le posizioni giuridiche di cittadini e stranieri. Se dovessi formulare una ipotesi interpretativa, proporrei la seguente: laddove si tratti di contribuire, attraverso il voto o la candidatura, alla formazione di un organo elettivo locale in cui si esprime la rappresentanza politica (e quindi il potere politico)[56], soltanto una fonte di

che, allo stato, possa affermarsi il cennato diritto di elettorato di cui manca e un esplicito riconoscimento e come ha affermato la stessa Sezione II nel parere del 28 luglio 2004, ogni necessaria conformazione che ne consente la identificazione e l'esercizio». Tale diritto «può configurarsi soltanto: a – se si rinviene, nell'ordinamento statale, solo competente, il relativo riconoscimento ovvero b – se si espunge la "circoscrizione" dal novero degli organi di governo e degli uffici pubblici comunali». Deve escludersi «che i diritti politici, nei quali si inquadra agevolmente il diritto di voto nelle elezioni amministrative, possano avere un contenuto differenziato nell'ambito della Repubblica e che possano perciò, come è implicito nella tesi della legittimazione degli statuti comunali, espandersi o comprimersi via via che ci si trasferisce sul territorio». Quanto ai poteri delle circoscrizioni, il Consiglio di Stato precisa che le deliberazioni circoscrizionali, «a tutti gli effetti atti del comune» secondo l'art. 51, 5° comma, d.lgs. n. 267/2000, «partecipano, all'evidenza, della natura di questi ultimi e concorrono a caratterizzare un organo che, in quanto "di decentramento" non può che condividere il *munus publicum* che caratterizza il comune e che consegue, peraltro, ad un procedimento elettorale, di per sé connotazione evidente dell'esercizio di funzioni rappresentative e pubbliche. Le stesse attribuzioni in materia di partecipazione e consultazione non sembrano, infine, estranee all'ufficio pubblico del quale è investita la circoscrizione». In definitiva, «[Non è minimizzando la funzione delle circoscrizioni che si rende un buon servizio alle realtà locali e al contenuto dei diritti di voto cui aspirano, il più delle volte a giusto titolo, gli stranieri residenti».

[56] Che di rappresentanza politica, nelle sue diverse declinazioni (nazionale, regionale, locale), si debba parlare per le assemblee elettive presenti in tutti i livelli dell'ordinamento è concetto che emerge con chiarezza dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Nella sent. n. 106/2002, così come nella n. 306 dello stesso anno, si legge che «la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranità popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non può essere condivisa nella sua assolutezza». Nella formulazione del nuovo art. 114 Cost. «gli enti territoriali autonomi sono collocati a fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica quasi a svelarne, in una formulazione sintetica, la comune derivazione dal principio democratico e dalla sovranità popolare». Ciò che impedisce che il termine «Parlamento» possa essere impiegato all'interno di ordinamenti regionali non è il fatto che l'organo al quale esso si riferisce abbia carattere rappresentativo e sia titolare di competenze legislative, ma è piuttosto la circostanza che «solo il Parlamento è sede della rappresentanza politica *nazionale* (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile» (n. 4, cons. dir.). Del resto, secondo la Corte, già nel 1946 si affermava «un'elevata concezione dell'autonomia comunale espressa nelle pur diverse posizioni dei partiti democratici e approfondita negli studi e dibattiti preparatori della Costituente. Tale concezione si ricollegava alle esperienze attuate nel primo quarto del secolo dalle amministrazioni di ispirazione democratica, socialista o cattolico-popolare; esse, pur in tempi di suffragio relativamente ristretto, prefigurarono i *consigli comunali intesi quali diretta rappresentanza del popolo* e non più comitati di gestione degli interessi dei proprietari e di tutela dei

rango costituzionale potrebbe estendere il relativo diritto allo straniero non comunitario; sono invece sufficienti la legge (statale o regionale, a seconda dei casi) ovvero lo statuto dell'ente locale, laddove si tratti di riconoscere *diritti di partecipazione*, per definizione meno intensi [57].

## 4. *Il riequilibrio di genere della rappresentanza politica:* a) *le discriminazioni «alla rovescia»*

Il secondo caso che vorrei esaminare – il riequilibrio di genere della rappresentanza politica, da anni oggetto in Italia di interventi normativi a livello legislativo e costituzionale e di un ampio dibattito dottrinale – presenta un particolare interesse sotto due profili: *a*) il rischio che le discipline promozionali di riequilibrio previste a favore delle donne possano illegittimamente convertirsi in una *reverse discrimination* a danno del genere maschile; *b*) il problema dell'eventuale squilibrio «territoriale» che potrebbe determinarsi nel-

contribuenti» (n. 2 cons. dir., corsivo non testuale). Ancora, nella sent. n. 141/1996 si parla della «rappresentatività democratica degli enti locali, in quanto enti esponenziali delle collettività sottostanti», e si sottolinea la *politicità* delle elezioni amministrative, nelle quali «è in gioco il principio democratico, assistito dal riconoscimento costituzionale delle autonomie locali» (n. 4, cons. dir.). Il discorso viene riproposto anche dall'angolo visuale dell'elettorato passivo: «questa Corte ha dato del diritto di accesso alle cariche elettive garantito a tutti i cittadini dall'art. 51 Cost., un'interpretazione tendente a massimizzarne la parità di godimento su tutto il territorio nazionale e con riferimento a ogni tipo di elezione, comprese quelle regionali, comunali o locali» (sent. n. 235/1988, n. 2, cons. dir.). Alla luce di questa giurisprudenza, la distinzione tra elezioni politiche, destinate alla formazione del Parlamento, ed elezioni amministrative (comunali e provinciali) e regionali, non può implicare una diversa interpretazione dei princìpi relativi alla rappresentanza. Va infatti condivisa l'opinione secondo cui «qualsiasi elezione «popolare» diretta di organi rappresentativi anche periferici esprime politicità: comporta comunque un confronto tra interessi, opinioni e programmi propugnati da gruppi (politici) differenti e normalmente, organizzati; e determina la rispettiva forza politica, da cui dipende l'affermazione degli obiettivi e degli indirizzi da ciascuno perseguiti e la loro traduzione in decisioni negli organi sopraddetti». Sarebbe pertanto più corretto parlare di elezioni politiche «generali» (o nazionali) e «locali» (regionali, provinciali e comunali): E. BETTINELLI, *Elezioni politiche*, in *Digesto discip. pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 3.4 dell'estratto. Sulle assemblee elettive come luoghi primari della rappresentanza politica vedi M. MORISI, *Le assemblee elettive nel governo locale*, in *Democrazia e governo locale. Il ruolo delle assemblee elettive*, a cura di A. BRASCA-M. MORISI, Bologna, 2003.

[57] Non può quindi essere condivisa l'iniziativa del Consiglio comunale di Genova, che nel luglio dello scorso anno ha modificato il suo statuto, prevedendo l'estensione del diritto di voto amministrativo agli stranieri in ambito locale: in argomento vedi T.F. GIUPPONI, *Il voto agli stranieri extracomunitari*, cit., 849-850. Vedi, infatti, il d.p.r. 17 agosto 2005, con cui si dispone, a norma dell'art. 138 del d.lgs. n. 267/2000, l'annullamento straordinario, per illegittimità e a tutela dell'unità dell'ordinamento, della deliberazione del Consiglio comunale di Genova n. 105 del 27 luglio 2004, nelle parti in cui si estendono agli stranieri extracomunitari il diritto di elettorato attivo e passivo per le elezioni comunali e per quelle circoscrizionali.

l'ipotesi che ai diversi livelli dell'ordinamento e nelle diverse Regioni (ordinarie e speciali) si adottino misure giuridiche di sostegno alla rappresentanza politica femminile estremamente diversificate per struttura ed incisività, finendo così per riproporre *all'interno* del gruppo sociale discriminato una condizione ulteriore di diseguaglianza nelle diverse parti del territorio nazionale.

Proprio la preoccupazione relativa al primo dei due profili accennati è al centro della sent. n. 422/1995, che annullava infatti – anche attraverso un uso piuttosto audace della illegittimità conseguenziale [58] – tutte le previsioni normative che stabilivano meccanismi di riserva nelle liste dei candidati in ragione del sesso, riferite al piano nazionale, a quello regionale e a quello locale. Sottolineava la Corte, in quell'occasione, che in tema di elettorato passivo la regola inderogabile stabilita dall'art. 51, 1° comma, Cost. è quella della *assoluta parità*, sicché «ogni differenziazione in ragione del sesso non può che risultare *oggettivamente discriminatoria*, diminuendo per taluni cittadini il contenuto concreto di un diritto fondamentale in favore di altri, appartenenti ad un gruppo che si ritiene svantaggiato». Il timore, chiaramente espresso, era che si finisse «per creare discriminazioni attuali come rimedio a discriminazioni passate» [59].

Stiamo parlando, in questo caso, di un problema attinente alla cittadinanza-partecipazione: il sesso, in quanto criterio assunto in passato come legalmente discriminatorio, continua ad operare nelle democrazie contemporanee, e nella nostra in particolare [60], determinando barriere di fatto nell'esercizio effettivo dei diritti politici [61]. Ma il giudice costituzionale, posto di fronte all'ir-

---

[58] Sulla dichiarazione di illegittimità consequenziale di norme analoghe a quella impugnata giustificata dalla speciale rilevanza della materia e dall'esigenza di tempestiva tutela di diritti fondamentali (com'è accaduto con la sent. n. 422/1995), rinvio a G. BRUNELLI, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 352 ss.

[59] Sent. n. 422/1995, n. 6, cons. dir. (corsivo non testuale).

[60] Attualmente le donne costituiscono soltanto l'11,5% dei deputati e l'8,1% dei senatori: esse rappresentano quindi il 9,8 % dei parlamentari nazionali. Le consigliere regionali elette nelle elezioni del 3 e 4 aprile 2005 sono state complessivamente il 12,7%, una percentuale ancora molto modesta, anche se leggermente superiore all'8,5%, raggiunto nelle consultazioni regionali del 2000. Esistono, peraltro, significative differenze tra le varie Regioni: la più virtuosa resta la Toscana, con il 25% di seggi assegnati alle donne (vedi i dati riportati ne *Il Sole 24 Ore* di lunedì 11 aprile 2005). Un certo miglioramento si è avuto nelle ultime elezioni europee, nelle quali le donne hanno occupato 15 dei 78 seggi riservati all'Italia, corrispondenti ad una percentuale del 19,2%, quasi il doppio rispetto alle precedenti consultazioni del 1999. Ma in questo caso, le elezioni si sono svolte in applicazione della legge 8 aprile 2004, n. 90, attuativa del nuovo art. 51 Cost., la quale prevede, all'art. 3, che nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia successive all'entrata in vigore della legge medesima, le liste non possano contenere candidature dello stesso sesso in misura superiore ai due terzi (calcolate, però, a livello nazionale), pena una riduzione del rimborso elettorale per i presentatori delle liste.

[61] Così G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini*, cit., 188.

ruzione dell'eguaglianza sostanziale nel campo di tali diritti, storicamente connotati dall'assenza di criteri economico-sociali nella loro struttura, dalla «rigorosa eguaglianza formale» dei loro titolari [62], oppone l'esigenza di rispettare la *soggettività formale egualitaria*, garantita dalla norma astratta e generale, tipica dello Stato di diritto [63]. Risulta in tal modo respinta ogni omologazione tra le diverse categorie di diritti (civili, sociali, politici) riconosciuti e tutelati dalla Costituzione, e si ribadisce la logica che ispira il disegno costituzionale dei diritti fondamentali, per cui le garanzie dei diritti sociali, destinati ad incidere sulle diseguaglianze di fatto, costituiscono una pre-condizione del pieno ed effettivo esercizio dei diritti politici: se misure legislative diseguali «possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica, o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali), *non possono invece incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti*, *rigorosamente garantiti in eguale misura a tutti i cittadini in quanto tali*» [64]. Un'eventuale modifica delle *regole strutturali* che presiedono all'esercizio dei diritti politici attuata in nome dell'eguaglianza sostanziale non potrebbe dunque, secondo questo orientamento, che condurre a gravi distorsioni [65].

La Corte, infine, si limita ad accennare ad un tema che avrebbe meritato ben maggiore approfondimento: la possibilità che la previsione di quote riservate alle candidature femminili, motivate dall'esigenza di garantire una adeguata rappresentanza del *genere* femminile, possa aprire una breccia nella struttura *unitaria* della rappresentanza politica tipica degli ordinamenti liberal-democratici, dando ingresso ad una istanza di carattere frazionario. Su questo la sentenza del 1995 si limita ad osservare, quasi incidentalmente, che «misure quali quella in esame [66] si pongono irrimediabilmente in contrasto con

---

[62] G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, col. XI, Roma, 1989, par. 3.2.

[63] Lo Stato di diritto si caratterizza, rispetto alle esperienze storiche precedenti, dalla scissione dell'uomo in due: «[l'] *uomo privato*, civile, in cui permangono tutte le differenze materiali e il *cittadino* della Repubblica, in cui si realizza la piena eguaglianza dei diritti politici». Proprio per questo esso «è capace di esprimere *tutte le soggettività*, non solo quella borghese»: P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, Milano, 1984, 119-120.

[64] Sent. n. 422/11995, n. 6, cons. dir. (corsivo non testuale).

[65] Non è un caso, d'altra parte, che quello dell'accesso alle cariche elettive sia un classico settore di dissociazione tra eguaglianza formale e sostanziale, dal momento che intervengono in tale ambito criteri di merito, selezioni, procedimenti elettorali che fanno recedere l'eguaglianza da «attuale godimento» ad «astratta possibilità»: A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, 53.

[66] Erano impugnati gli artt. 5, 2° comma, e 7, 1° comma, legge n. 81/1993, che introducevano un criterio di proporzione tra i sessi nella composizione delle liste dei candidati alle elezioni dei Consigli comunali, stabilendo – rispettivamente – che nei Comuni fino ed oltre i 15.000 abi-

i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica» [67].

Come tutti sanno, il panorama costituzionale è oggi assai mutato rispetto al momento in cui la Corte costituzionale pronunciava la decisione appena ricordata. Abbiamo oggi una sorta di «statuto delle pari opportunità» [68] nella rappresentanza politica, costituito dal nuovo testo dell'art. 51 Cost. [69], al cui 1° comma risulta aggiunta la previsione secondo la quale «La Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini»; dall'art. 117, 7° comma, Cost., secondo cui «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive»; e, infine, dalla legge cost. n. 2/2001, in base alla quale le leggi elettorali delle Regioni speciali, al fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi, promuovono «condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali». Si tratta di previsioni normative non perfettamente sovrapponibili: e tuttavia, sembra di poter dire che le innegabili difformità terminologiche possano essere intese come sfumature diverse, dovute al carattere frammentario delle revisioni operate, ma che non impediscono di ricondurre ad una sostanziale uniformità, in sede interpretativa, le varie disposizioni. La stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 49/2003, ha precisato che le norme contenute nella legge cost. n. 2/2001, cui si aggiunge «*l'analoga*, *anche se non identica previsione*» dell'art. 117, 7° comma, Cost., pongono «esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come *doverosa* l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, *riferendoli esplicitamente*

tanti nessuno dei due sessi potesse essere rappresentato in misura superiore ai tre quarti (nel primo caso) e ai due terzi (nel secondo) dei consiglieri assegnati. L'art. 1, lett. *e*) della legge n. 277/1993, sull'elezione della Camera dei deputati, colpita da invalidità consequenziale *ex* art. 27, ultima parte, legge n. 87/1953, disponeva invece che le liste presentate ai fini dell'attribuzione dei seggi in ragione proporzionale, ove recassero più di un nome, fossero formate da candidati e candidate in ordine alternato. Le due previsioni presentavano senza dubbio difformità strutturali. La prima era formulata in chiave antidiscriminatoria e non poteva in alcun modo tradursi in una garanzia di elezione, dal momento che la designazione degli eletti restava comunque affidata alle preferenze espresse dagli elettori. La disposizione della legge n. 277 appariva invece suscettibile di influenzare la stessa composizione dell'Assemblea, dal momento che i candidati risultano eletti «secondo l'ordine progressivo di presentazione (c.d. «lista bloccata»). La dichiarazione di incostituzionalità della Corte di queste diverse disposizioni si è basata sulla motivazione che ogni misura che prevede «limiti, vincoli o riserve nelle liste dei candidati in ragione del loro sesso» non può mai dirsi compatibile con la Costituzione.

[67] Sent. n. 422/1995, n. 7, cons. dir.

[68] M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi*, cit., 500.

[69] Revisionato con legge cost. 30 maggio 2003, n. 1.

*alla legislazione elettorale*»[70]. Quanto alla formulazione del nuovo art. 51 Cost. – che la Corte non poteva prendere in considerazione, non essendo ancora diritto vigente al momento della sua decisione – nella dizione ampia di «pari opportunità» si può senz'altro far rientrare, come specificazione, quella di «parità di accesso» alle candidature. Del resto, nel 1° comma, dell'art. 51 si parla proprio dell'*accesso* agli uffici pubblici e alle cariche elettive dei due sessi in condizioni di eguaglianza, e a tale accesso le «pari opportunità» certamente si riferiscono.

Quali indicazioni provengono dalla sent. n. 49/2003? Ci sono elementi significativi di innovazione rispetto alla pronuncia n. 422? Io penso che, in riferimento al tema che qui interessa, ci sia una importante novità, e ci siano anche precise indicazioni cui il legislatore (statale e regionale) dovrà conformarsi nella costruzione delle c.d. azioni positive elettorali.

La novità rilevante è costituita dal fatto che in questa decisione il giudice costituzionale esclude esplicitamente che la norma regionale impugnata (la quale prevede l'inammissibilità di liste elettorali formate da candidati di un solo sesso)[71] incida direttamente sui diritti fondamentali dei cittadini: «[l'] obbligo imposto dalla legge, e la conseguente sanzione di invalidità, «*concernono solo le liste e i soggetti che le presentano*»[72]. Il discorso viene spostato dal diritto di elettorato passivo (che, diversamente da quanto affermato con la decisione precedente, non si ritiene più coinvolto) al *vincolo gravante sui soggetti che presentano le liste*. È dunque sull'*impegno dei partiti* e, più in generale, dei soggetti politici che selezionano e presentano le candidature elettorali, che occorre far leva; e laddove ciò si dimostri necessario, anche l'impulso legislativo può essere utilizzato.

Con profonda consapevolezza delle dinamiche reali che governano il tema del riequilibrio di genere della rappresentanza nella varie esperienze europee[73],

---

[70] Sent. n. 49/2003, n. 4, cons. dir. (corsivo non testuale).

[71] Le disposizioni impugnate erano gli artt. 2, 2° comma, e 7, 1° comma, della legge reg. della Valle d'Aosta 13 novembre 2002, n. 21. Esse, rispettivamente, inseriscono l'art. 3-*bis* e sostituiscono l'art. 9, 1° comma, lett. *a*), nella legge reg. 12 gennaio 1993, n. 3 (Norme per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta). Il nuovo art. 3-*bis* della legge sull'elezione del Consiglio, inserito dall'art. 2 della legge impugnata, stabilisce, al 2° comma, che le liste elettorali devono comprendere «candidati di entrambi i sessi»; a sua volta, il nuovo art. 9, 1° comma, lett. *a*) della legge elettorale, come sostituito dall'art. 7, 1° comma, della legge impugnata, prevede che vengano dichiarate non valide dall'ufficio elettorale regionale le liste presentate che non corrispondano alle condizioni stabilite, fra cui quella che «siano presenti candidati di entrambi i sessi».

[72] Sent. n. 9/2003, n. 3.1, cons. dir.

[73] Di grande interesse, a questo riguardo, i *Comparative Studies of Electoral Gender Quotas* inseriti nel *Global Database of Quotas for Women*, frutto di un progettto comune dell'Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) e dell'Università di Stoccolma, in *www.quotaproject.org*. Da molti dei contributi pubblicati (ad esempio, D. DAHLERUP, *Quotas are Changing*

la Corte costituzionale sottolinea il ruolo essenziale dei partiti [74], e stabilisce le modalità e i limiti entro cui la legge può stabilire dei vincoli a loro carico. La fase della presentazione delle candidature non appartiene alla sfera del meccanismo elettorale in senso stretto, ma a quella dell'autonomia delle scelte dei soggetti interessati, e per realizzare l'obiettivo, costituzionalmente imposto, di favorire l'accesso di un numero più ampio di donne alle assemblee politiche rappresentative, può intervenire *la legge*, facendo emergere dalla sfera privata comportamenti e scelte (relativi alle candidature) che devono invece rientrare a pieno titolo nel discorso pubblico. Si tratta in definitiva di un *criterio di selezione delle candidature*, che non determina alcuna forma di discriminazione alla rovescia: non vi è alcuna incidenza diretta – osserva la Corte – «sul contenuto dei diritti fondamentali dei cittadini, dell'uno e dell'altro sesso, *tutti egualmente eleggibili sulla base dei soli ed eguali requisiti prescritti*», né può parlarsi di «un ipotetico diritto di aspiranti candidati ad essere inclusi in lista, posto che la formazione delle liste rimane interamente rimessa alle libere scelte dai presentatori e degli stessi candidati in sede di necessaria accettazione della candidatura. Non si realizza, in tale sede, alcun metodo «concorsuale» in relazione al quale un soggetto non incluso nelle liste possa vantare una posizione giuridica di priorità ingiustamente sacrificata a favore di un altro soggetto in essa incluso» [75].

---

*the History of Women*, *paper*, Pretoria, South Africa, 11-12 November 2003; M.L. KROOK, *Reforming Representation: The Diffusion of Candidate Gender Quotas Worldwide*, *paper*, Canada, March 17-20, 2004; per il caso, assai peculiare, della Svezia, L. FREIDENVALL, *Women's Political Representation and Gender Quotas – the Swedish Case*, 2003), emerge con assoluta chiarezza il ruolo determinante dei partiti nella selezione delle candidature, nella collocazione delle donne in lista in posizioni che abbiano effettive *chances* di elezione o in collegi più o meno sicuri, nel sostegno effettivo delle candidate.

[74] Il che non costituisce affatto un inedito nella giurisprudenza costituzionale: già nella sent. n. 422 si esprimeva una valutazione positiva di misure «liberamente adottate dai partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, anche con apposite previsioni dei rispettivi statuti o regolamenti concernenti la presentazione delle candidature» (n. 7, cons. dir.). Nella decisione del 2003, tuttavia, la Corte costituzionale, constatato che i partiti non hanno mostrato alcuna propensione a dotarsi in questa materia di regole di autodisciplina, stabilisce che la finalità promozionale imposta dalla Costituzione può essere perseguita «come effetto di un vincolo di legge» (n. 4, cons. dir.).

[75] Sent. n. 49/2003, n. 3.1, cons. dir. Significativo è il richiamo, operato dal giudice costituzionale, alla sent. n. 203/1975, nella quale si afferma che «[Non spetta al candidato scelto dalla formazione politica dolersi di quella che sarà la sua collocazione nella lista. L'accettare o non accettare la candidatura alle condizioni stabilite dal gruppo che la offre è pur sempre un atto volontario del prescelto che esaurisce i suoi effetti nel rapporto formazione politica candidato stesso. Questi è, di conseguenza, libero di accettare o non accettare la candidatura così come gli è stata proposta ed è libero di ritirarla in ogni momento. Ogni eventuale violazione di particolari accordi circa la collocazione nella lista del candidato, è problema che riguarda i soggetti contraenti al di fuori dei contenuti e della portata dell'art. 51 della Costituzione» (n. 4, cons. dir.).

L'esclusione di ogni possibile discriminazione discende anche dalla *formulazione neutra* della norma impugnata, che non prevede «alcuna misura di "disuguaglianza" allo scopo di favorire individui appartenenti a gruppi svantaggiati, o di "compensare" tali svantaggi attraverso vantaggi legislativamente attribuiti». Non vengono, cioè, introdotte differenziazioni in base al sesso dei candidati o degli aspiranti alla candidatura, «sia perché la legge fa riferimento indifferentemente a candidati di "entrambi i sessi", sia perché da essa non discende alcun trattamento diverso di un candidato rispetto all'altro in ragione del sesso» [76]. Questa precisazione di ordine concettuale, che sembra riferirsi alla distinzione tra azioni positive vere e proprie (riguardanti le diverse categorie di «soggetti deboli») e norme antidiscriminatorie (che concernono invece soltanto il tema della parità dei sessi) [77], ha chiaramente lo scopo di preservare la generalità ed universalità della rappresentanza politica, evitando di dare la stura ad un meccanismo incontrollabile, data l'intrinseca capacità espansiva delle misure positive «classiche», potenzialmente invocabili da ogni gruppo sociale svantaggiato (o che si ritenga tale).

La stessa Corte, infatti, avverte l'esigenza di precisare che non è intaccato «*il carattere unitario della rappresentanza elettiva* che si esprime nel Consiglio regionale, non costituendosi alcuna relazione giuridica rilevante fra gli elettori dell'uno e dell'altro sesso e gli eletti dello stesso sesso» [78]. È noto che, in realtà, il fatto che non si costituisca alcuna relazione di tipo giuridico tra elettori ed eletti rappresenta un *proprium* della rappresentanza politica, e l'affermazione della Corte sembra dunque provare troppo. Tuttavia, l'intendimento del giudice costituzionale è quello di ribadire che siamo qui al di fuori di qualsiasi ipotesi di rappresentanza *di genere*, intesa come rappresentanza di una frazione del corpo elettorale [79].

---

[76] Sent. n. 49/2003, n. 3.2, cons. dir.

[77] In dottrina la distinzione è proposta da L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in L. CARLASSARE, A. DI BLASI, M. GIAMPIERETTI 8 a cura di), *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, Padova, 2002, 47; A. DEFFENU, *La parità dei sessi nella legislazione elettorale di alcuni paesi europei*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 644-645, che parla di «azioni positive atipiche».

[78] Sent. n. 49/2003, n. 3.3, cons. dir.

[79] In particolare, va escluso che ci si trovi qui di fronte ad una ipotesi di rappresentanza di gruppo, e più specificamente di un «gruppo sociale non territoriale», secondo la terminologia di WKYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999, 241. Si avvicina probabilmente alla rappresentanza di gruppo, invece, la diversa ipotesi delle minoranze etnico-linguistiche, per le quali l'art. 6 Cost., può richiedere «la predisposizione di un trattamento specificamente differenziato (…), in forza del principio di "eguaglianza sostanziale" e della connessa esigenza di forme di tutela positiva» (sent. n. 233/1994, n. 7, cons. dir.). La rappresentanza di gruppo – osserva WKYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, cit., 235 – è conforme ad alcune caratteristiche consolidate dei meccanismi elettorali tipici dei sistemi liberaldemocratici: essa «può essere interpretata come un'estensione della pratica diffusa in molti paesi per cui i confini delle circo-

Vi sono infine, nella sentenza n. 49, alcuni concetti che derivano direttamente dalla pronuncia del 1995, e che marcano gli aspetti di continuità della giurisprudenza costituzionale in questa materia. Il vincolo imposto dalla legge, relativo soltanto alla fase anteriore alla competizione elettorale vera e propria, non è in contrasto con la Costituzione in quanto non incide in alcun modo: a) sui diritti dei cittadini; b) sulla libertà di voto degli elettori; c) sulla parità di *chances* delle liste e dei candidati e delle candidate nella competizione elettorale; d) sul carattere *unitario* della rappresentanza elettiva, come prima ricordavo. Si tratta, come sempre, di un problema di *misura* e di *bilanciamento* tra i valori costituzionali coinvolti: l'eguale accesso di donne e uomini alle cariche elettive, la libertà di scelta dell'elettore, la natura necessariamente unitaria della rappresentanza politica. La legittimità del tipo di «quota» prescelta dipenderà allora dal modo in cui essa è strutturata (sembra necessaria la formulazione neutrale), dallo spazio lasciato alla valutazione autonoma dei partiti e

---

scrizioni sono tracciati per far corrispondere queste ultime a comunità di interessi». Si tratta del *redistricting*, cioè della ridefinizione dei confini delle circoscrizioni elettorali, utilizzata ad esempio negli Stati Uniti per istituire circoscrizioni a maggioranza nera o ispanica. Per l'Italia, può ricordarsi la sent. n. 438/1993, nella quale si sottolinea che la sistemazione dei collegi disposta dalla legge 30 dicembre 1991, n. 422, con la quale sono state modificate le circoscrizioni territoriali della Regione Trentino-Alto Adige per l'elezione del Senato, in attuazione della misura 111 (del c.d. pacchetto) a favore della popolazione alto-atesina, «è stata salvaguardata, in deroga alla normativa generale, dall'art. 1, della legge elettorale per il Senato, del 4 agosto 1993, n. 276. Anche nella legge elettorale per la Camera, n. 277/1993, l'art. 7, 1° comma, lett. *a*), prevede una deroga ai principi e ai criteri generali per consentire la delimitazione dei collegi in cui siano presenti minoranze linguistiche riconosciute». Secondo la Corte costituzionale, «giova all'interesse nazionale, cui è riferita la tutela delle minoranze linguistiche, ed al principio stesso dell'unità nazionale – la quale dalle autonomie speciali non viene inficiata, bensì rafforzata ed esaltata – che la minoranza possa esprimere la propria rappresentanza politica in condizioni di effettiva parità» (n. 3, cons. dir.). Appare invece di difficile collocazione la particolare forma di rappresentanza politica «per territorio», contrastante con il principio della rappresentanza «nazionale» dei membri del Parlamento, emergente dalla riforma del voto degli italiani all'estero (leggi costt. nn. 1/2000 e 1/2001, e legge n. 459/2001): una rappresentanza – osserva E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, cit., 167-168 – separata e sottodimensionata rispetto al numero degli aventi diritto, in quanto «un numero assai elevato di elettori concorrerà all'elezione di un numero relativamente basso di parlamentari», con violazione del principio di eguaglianza del voto sancito dal 2° comma, dell'art. 48 Cost. Altrettanto rilevante è il problema della c.d. «incapacità elettorale passiva», dato che l'art. 8 della legge n. 459 limita l'elettorato passivo nella circoscrizione estero ai soli cittadini residenti ed elettori nelle singole ripartizioni in cui tale circoscrizione è stata articolata: vi è qui una violazione del principio di eguaglianza nell'accesso alle cariche elettive, garantito dal'art. 51, 1° comma, Cost. In argomento vedi E. GROSSO, *Il voto all'estero: tra difficoltà applicative e dubbi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 2002, 347; G.E. VIGEVANI, *Il voto all'estero: interrogativi sulla «riserva indiana» per i candidati*, ivi, 350-351. Vale la pena di ricordare, a quest'ultimo riguardo, che la Corte costituzionale ha avuto modo in più di un'occasione di precisare che per le cariche elettive «il legislatore si è in genere attenuto al principio secondo cui, tranne il requisito dell'età nel caso del Parlamento, *l'elettorato attivo coincide con l'elettorato passivo*», per cui «*chi è elettore è anche eleggibile*» (sent. n. 310/1991, n. 3, cons. dir., corsivo non testuale).

alla libera scelta dell'elettore, dalla configurazione in concreto del sistema elettorale e dalla combinazione al suo interno dei differenti modi di assegnazione dei seggi [80].

## 5. Segue: b) *Le discriminazioni «interne» al gruppo sociale svantaggiato*

Dalla sentenza del 2003 si possono trarre indicazioni utili anche circa il problema dell'omogeneità delle soluzioni normative da adottare per promuovere l'equilibrio delle candidature o invece della loro possibile difformità sia nei vari livelli di rappresentanza elettiva presenti nell'ordinamento (nazionale, regionale, locale) sia – ed è questo il nodo più interessante – nelle diverse Regioni, ordinarie e speciali.

La questione trae origine dalla sent. n. 109/1993, la prima della Corte costituzionale in materia di azioni positive. La decisione (riguardante varie disposizioni della legge 25 febbraio 1992, n. 215, che prevedono incentivazioni finanziarie a favore di imprese a prevalente partecipazione femminile ovvero a favore di istituzioni volte a promuovere l'imprenditorialità femminile) contiene affermazioni di grande importanza circa il legame diretto tra siffatte misure e il 2° comma, dell'art. 3, Cost. Le azioni positive vengono definite come «il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, tende a innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate – fondamentalmente quelle riconducibili ai divieti di discriminazione espressi nel 1° comma dello stesso art. 3 (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali) – al fine di assicurare alle categorie medesime uno statuto effettivo di pari opportunità di inserimento sociale, economico e politico». Si tratta, insomma, di *discipline giuridiche differenziate*, che possono essere adottate a favore di categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al principio di eguaglianza formale di cui al 1° comma dell'art. 3 Cost.: esse, peraltro, «*esigono che la loro attuazione non possa subire difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del Paese*. Infatti, *se ne fosse messa in pericolo l'applicazione uniforme sul territorio nazionale*, il rischio che le "azioni positive" si trasformino in *fattori (aggiuntivi) di disparità di trattamento*, non più giustificate dall'imperativo costituzionale di riequilibrare posizioni di

[80] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 432.

svantaggio sociale legate alla condizione personale dell'essere donna, sarebbe di tutta evidenza» [81].

Dunque, una misura legislativa di favore che non sia rivolta all'*intero* gruppo sociale discriminato, ma soltanto a *frazioni* di esso sulla base di un criterio territoriale, finirebbe per riproporre in seno al gruppo medesimo una condizione di disuguaglianza non meno grave di quella che si trova all'origine del trattamento preferenziale. È possibile dedurre da questa decisione – come io stessa avevo fatto in alcuni scritti precedenti [82] – la necessità di una sostanziale omogeneità delle misure di riequilibrio della rappresentanza nei diversi livelli dell'ordinamento [83], derivante altresì dalla regola della «pari capacità elettorale passiva» dei cittadini, imposta da una copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale [84]?

Si può osservare, in realtà, che è la Costituzione stessa ad ammettere interventi di tipo differenziato, con disposizioni specificamente rivolte ai legislatori regionali, e che anche la Corte costituzionale, affermando che quella prevista dalla legge elettorale valdostana è una «misura minima» di non discriminazione [85], ammette la possibilità che altre Regioni operino scelte diverse e più incisive. Avendo inoltre la sent. n. 49/2003 sottratto il tema delle quote elettorali all'ambito del diritto di elettorato passivo, consegnandolo alle «scelte di chi forma e presenta le liste» [86] – e coinvolgendo quindi la diversa questione della

---

[81] Sent. n. 109/1993, n. 2.2, cons. dir. (corsivo non testuale).

[82] G. BRUNELLI, *Le «quote» riprendono quota?*, cit., 336 ss.; ID., *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le Regioni*, 2003, 915 ss.

[83] M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi*, cit., 497 ss.; A. POGGI, *Parità dei sessi e rappresentanza politica negli ordinamenti regionali*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, cit., 136; R. TOSI, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, cit., 108-109. Anche per A. D'ALOIA, *Argomenti por uno statuto costituzionale*, cit., 37, «appare particolarmente condivisibile l'indicazione costituzionale verso politiche regionali (e quindi differenziate) di pari opportunità (art. 117, 7° comma), ovviamente dentro una linea di compatibilità con le logiche ineludibilmente unitarie dell'eguaglianza, che trovano a loro volta espressione nella riserva allo stato dell'*ordinamento civile* e dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117, 2° comma, lett. *l*) e *m*)». Si può osservare, in realtà, come la Corte escluda, nel caso esaminato con la sent. n. 49/2003, che ci si trovi di fronte a vere e proprie azioni positive, intese come trattamenti derogatori e privilegiati a favore di uno specifico gruppo sociale, parlando invece di «norme antidiscriminatorie», caratterizzate dalla formulazione neutrale. Sembra quindi difficile estendere all'ipotesi considerata la giurisprudenza costituzionale in tema di *omogeneità territoriale* delle azioni positive. È significativo, d'altra parte, che anche nella pronuncia n. 422/1995, pur ispirata ad un diverso e più restrittivo orientamento, il giudice costituzionale si riferisse alla disposizione che impone una riserva di quota nelle liste elettorali in ragione del sesso dei candidati coma ad «*una sorta* di azione positiva» (n. 6, cons. dir., corsivo non testuale).

[84] L'espressione è contenuta nella sent. n 306/2003 (n. 4, cons. dir.). Si vedano anche le sentt. nn. 438/1994, 162/1995, 276/1997, 376/2004.

[85] Sent. n. 49/2003, n. 4.1, cons. dir.

[86] Sent. n. 49/2003, n. 4, cons. dir.

libertà di organizzazione dei partiti politici *ex* art. 49 Cost. – diventa improprio riferirsi alla giurisprudenza costituzionale concernente la disciplina necessariamente unitaria, sul piano nazionale, dei diritti elettorali. Senza contare che, in ogni caso, tale giurisprudenza si riferisce alle *limitazioni* imposte a quei diritti (soprattutto alle ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità), e non a misure di carattere promozionale, volte ad ampliare e agevolare l'accesso alla rappresentanza [87].

Rileggendo con più attenzione la sentenza del 2003, mi chiedo addirittura se la soluzione, che mi era parsa opportuna, di una legge statale di principio che, *ex* art. 122, 1° comma, Cost., stabilisca i caratteri di fondo degli interventi di carattere positivo da adottare a livello regionale, per assicurare un minimo di omogeneità tra gli stessi [88], non sia resa addirittura problematica dall'impostazione teorica prescelta dalla Corte, visto che la disposizione costituzionale citata riserva alla legislazione statale il solo *sistema d'elezione* dei Consigli regionali, mentre la fase della selezione e della presentazione delle candidature, nella quale il giudice delle leggi colloca le misure di riequilibrio di genere, non appartiene al meccanismo elettorale in senso stretto. Non è un caso, allora, che la legge 2 luglio 2004, n. 165 («Disposizioni di attuazione dell'art. 122, 1° comma, Cost.»), nulla disponga al riguardo, limitandosi ad indicare, tra i principi fondamentali cui devono attenersi le leggi regionali sul sistema di elezione del Presidente della Giunta regionale e dei consiglieri regionali, l'«individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza della minoranze» (art. 4,

[87] Si veda, ad esempio, la sent. n. 235/1988, nella quale, dopo aver richiamato la precedente giurisprudenza, nella quale la Corte «ha dato del diritto di accesso alle cariche elettive, garantito a tutti i cittadini dall'art. 51 Cost., un'interpretazione tendente a massimizzarne la parità di godimento su tutto il territorio nazionale e con riferimento a ogni tipo di elezione, comprese quelle regionali, comunali o locali», si precisa che il diritto di elettorato passivo, intangibile nel suo contenuto di valore, «può essere unicamente disciplinato da leggi generali, che possono *limitarlo* soltanto al fine di realizzare altri interessi costituzionali fondamentali e generali, senza porre discriminazioni sostanziali tra cittadino e cittadino, qualunque sia la regione o il luogo di appartenenza». Si vogliono evitare le «*irragionevoli discriminazioni* nel godimento dell'anzidetto diritto» e le «*restrizioni non giustificate* dal fine di garantire interessi generali parimenti meritevoli di tutela costituzionale» (n. 2, cons. dir.). Di «*limitazioni legate al diritto di voto del singolo*» e di «*limitazioni all'accesso alle cariche elettive*» si parla anche nella sent. n. 103/1993 (n. 5.3, cons. dir.).

[88] E resterebbe comunque irrisolto il problema delle Regioni speciali, data la loro competenza esclusiva in materia elettorale. R. TOSI, *Le «quote» o dell'eguaglianza apparente*, cit., 109, ipotizza al riguardo che «se l'intera legislazione statale vertente sulle quote (in tema di elezioni nazionali, locali e in tema di princìpi per le elezioni regionali) fosse ispirata a princìpi comuni, tali princìpi si dimostrerebbero dotati di un grado di generalità più vasto di quello dei princìpi della materia e tale da poter essere assunti quali princìpi dell'ordinamento giuridico, capaci perciò di circoscrivere l'ampiezza delle scelte consentite alle Regioni speciali».

1° comma, lett. *a*) [89]. Risulta così esclusa l'adozione di sistemi maggioritari puri e si prefigura l'approvazione di sistemi misti, in cui è più agevole ipotizzare, in forme diverse, norme di tutela per le candidature femminili.

I sistemi proporzionali, si sa, sono considerati *women-friendly*. Lo stesso Parlamento europeo ha in più di un'occasione invitato i governi degli Stati membri a riesaminare l'impatto differenziale dei sistemi elettorali sull'accesso delle donne agli organi elettivi e a prendere in considerazione, se necessario, un adeguamento o una riforma di detti sistemi: il che significa, in definitiva, introdurre elementi di proporzionalità laddove se ne avverta l'esigenza, per poter poi prevedere meccanismi di quote o altre misure utili a favorire una partecipazione equilibrata [90].

Tuttavia, gli studi più completi e approfonditi in argomento mostrano tutta la difficoltà di prevedere *a priori* gli effetti concreti non solo dei molteplici interventi possibili (che possono riguardare la legislazione elettorale «di contorno», come gli incentivi finanziari, le elezioni primarie, l'accesso ai mezzi di informazione, o la formazione delle liste elettorali, come le norme antidiscriminatorie e le sanzioni finanziarie per i partiti che candidano un numero insufficiente di donne), ma anche di misure strutturalmente analoghe che siano però inserite in contesti elettorali e politici diversi. Le varie forme di quote, ad esempio, possono avere effetti significativi soltanto nel caso in cui siano opportunamente «ritagliate» sulle caratteristiche specifiche del sistema elettorale nel cui ambito dovranno operare [91]. Può rivelarsi più incisiva una norma antidiscriminatoria la quale imponga una presenza minima per ciascun sesso, obbligando anche ad una distribuzione delle candidature all'interno delle liste idonea a favorire l'elezione di candidati di entrambi i generi (*double quota*) [92],

---

[89] Piuttosto generico è poi quanto stabilito dalla legge n. 131/2003, che assegna al governo un anno di tempo per adottare uno o più decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali che si traggono dalle leggi vigenti, nelle materie previste dall'art. 117, 3° comma, Cost., al fine di orientare l'iniziativa legislative dello Stato e delle Regioni fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento definirà i nuovi principi fondamentali (art. 1, 4° comma), e che pone tra i criteri direttivi cui l'esecutivo dovrà attenersi nella predisposizioni di tali decreti la «considerazione prioritaria degli obiettivi generali assegnati dall'art. 51, 1° comma, e dall'art. 117, 7° comma, Cost., alla legislazione regionale» (art. 1, 6° comma, lett. *d*).

[90] Risoluzione del Parlamento europeo sulla relazione della Commissione sull'attuazione della raccomandazione 2 dicembre 1996, n. 96/694 del Consiglio, sulla partecipazione equilibrata delle donne e degli uomini al processo decisionale (COM (2000) 120 – C5 – 0210/2000 – 2000/2117 (COS)), approvata il 18 gennaio 2001; risoluzione del Parlamento europeo sulle elezioni del 2004: come garantire una rappresentanza equilibrata fra donne e uomini (2003/2108 (INI)), approvata il 6 novembre 2003.

[91] P. MEIER, *Gender quotas or electoral reform: why more women got elected during the 2003 Belgian elections*, *paper*, Dordrecht, 22-23 may 2003, in *www.quotasystem.org*.

[92] La riforma belga del 2002 prevede, ad esempio, oltre ad un numero eguale di candidature maschili e femminili, che le prime due posizioni di lista non possano essere occupate da candi-

piuttosto che una quota 50-50 in cui le donne non occupino alcuna posizione eleggibile, essendo relegate in fondo alla lista. Una quota di quest'ultimo tipo (che, fra l'altro, è per sua stessa natura neutrale [93], e impone un massimo di presenza delle donne, ciò che un obbligo di presenza minima non fa), con ordine alternato uomo-donna (*zipper system*), ha effetti completamente diversi a seconda che si tratti di lista bloccata o che l'elettore possa invece esprimere una o più preferenze. Circoscrizioni elettorali ampie, associate a meccanismi di elezione proporzionale che evitino tuttavia l'accesso alla rappresentanza di un numero elevato di partiti, creano una condizione in cui le donne e in genere gli appartenenti ai gruppi sociali svantaggiati hanno maggiore possibilità di essere candidati ed eletti [94]. Talora, poi, sono gli stessi partiti politici ad adottare le quote dopo che uno dei loro rivali ha fatto lo stesso, mettendo così in moto un circolo virtuoso nel quale, a poco a poco, tutti o quasi tutti i partiti si allineano [95]: in questo caso, particolarmente efficaci possono rivelarsi gli incentivi di carattere finanziario collegati al numero di donne elette.

Queste poche osservazioni ci dicono che «misurare» l'omogeneità (formale e sostanziale) degli interventi promozionali [96] può rivelarsi una chimera. Lo Stato (per le elezioni europee, nazionali e locali) e le singole Regioni potranno dunque operare scelte diverse, adeguate al tipo di sistema elettorale, al contesto politico-partitico, al livello di sottorappresentazione delle donne; e su tali scelte ancora una volta vigilerà, sindacandone la proporzionalità e l'adeguatezza, il giudice costituzionale.

## 6. *Intersezioni e percorsi paralleli*

Le due vicende esaminate non si intersecano soltanto perché entrambe incidenti sulla titolarità e l'esercizio dei diritti politici [97]. Esse, a ben vedere, condividono un'altra caratteristica di fondo. In ambo i casi, infatti, sono in gioco veri e propri pilastri della democrazia liberale: se il riconoscimento del voto amministrativo locale agli immigrati non comunitari mette in gioco il concetto di *cittadinanza*, intesa come appartenenza all'ordinamento giuridico statale, il

dati del medesimo sesso, pena l'inammissibilità della lista elettorale: P. MEIER, *Gender quotas*, cit.

[93] D. DAHLERUP, *Quotas are Changing*, cit.

[94] P. MEIER, *Gender quotas*, cit.

[95] M.L. KROOK, *Reforming Representation*, cit.

[96] Di omogeneità formale e sostanziale parla M. MONTALTI, *La rappresentanza dei sessi*, cit., 498-499.

[97] Vedi *supra*, par. 1.

caso delle norme elettorali antidiscriminatorie chiama in causa la nozione unitaria (e non frazionaria) di *rappresentanza politica*. Ed è evidente che, all'interno dei due poli cittadinanza-rappresentanza politica, si dispiega con tutta la sua forza e le sue implicazioni la titolarità e l'esercizio di potere politico.

Per questo, forse, si potrebbe avanzare l'ipotesi che le dinamiche relative alla seconda vicenda possano costituire una sorta di modello per la prima: così come la difesa del concetto liberale di rappresentanza, indissolubilmente legato alla soggettività formale egualitaria tipica dei diritti politici, ha imposto una riforma della Costituzione per superare gli ostacoli evidenziati dalla sent. n. 422/1995, si può immaginare che anche la salvaguardia della nozione di cittadinanza-appartenenza implichi un passaggio analogo per l'attribuzione dei diritti elettorali politici ai non-cittadini [98]. L'intervento del legislatore costituzionale è qui richiesto anche dalla natura fondamentale dei diritti di elettorato attivo e passivo, per i quali la Corte prescrive un trattamento unitario sul piano nazionale [99]. Si tratta di un percorso non veloce, forse anche impervio, certamente gradualista: ma è difficile negare che la decisione su *chi* debba appartenere al popolo, soggetto titolare della sovranità, rientri nel novero delle scelte che fondano la natura stessa di una comunità politica. In quanto tali, la loro sede naturale non può che essere la Costituzione. A ciò si aggiunge, infine, un'importante considerazione: la strada della revisione costituzionale si palesa anche come la soluzione maggiormente garantista per gli stessi immigrati, potendosi in tal modo limitare la discrezionalità del legislatore ordinario (al quale, altrimenti, sarebbe rimessa ogni scelta in materia) e rendere giustiziabili dinanzi alla Corte costituzionale eventuali abusi da parte del Parlamento [100].

---

[98] Che non godano, naturalmente, della cittadinanza europea.

[99] Vedi *supra*, par. 3.

[100] L'osservazione è di A. RUGGERI-C. SALAZAR, «*Ombre e nebbia» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in *Quad. reg.*, 2004, 62. I due Autori, pur propendendo per la tesi che non ritiene la revisione costituzionale giuridicamente necessaria, la giudicano tuttavia opportuna per la ragioni ricordate nel testo. Essi esprimono il timore – a mio avviso non infondato – che i diritti politici attribuiti in via legislativa rimarrebbero esposti al pericolo di ridimensionamento ad ogni cambio di maggioranza, come insegna la vicenda dei «diritti degli immigrati» sanciti nel testo unico n. 268/1998 e fortemente incisi, in seguito, dalla legge n. 189/2002 (c.d. Bossi-Fini).

# DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E POSIZIONE DEI SOGGETTI «DEBOLI». SPUNTI PER UNA TEORIA DELLA «DEBOLEZZA»

*di Luisa Azzena*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Soggetti «deboli» e eguaglianza. – 1.2. Soggetti «deboli» e diritti. – 1.3. Considerazioni in ordine al metodo. – 2. Concetto di «debolezza». – 2.1. «Debolezza» «di fatto» e «debolezza» voluta dall'ordinamento (ovvero: «debolezza» come «causa» o come «effetto» del trattamento diseguale). – 2.2. Politicità del concetto di «debolezza». – 2.3. Concetto di «debolezza» e pluralità degli ordinamenti giuridici. – 2.4. Conclusione sulla nozione di «debolezza». – 3. Eguaglianza e diritti. – 3.1. L'evoluzione del concetto di eguaglianza. – 3.2. I diritti fondamentali come parametro della «debolezza». Analogia con la dottrina statunitense dei *preferred rights*. – 4. Il (possibile) contenuto della tutela dei soggetti «deboli» (in astratto). – 5. Verifica del concetto di «debolezza» alla luce del diritto oggettivo. – 5.1. Ruolo del legislatore e del giudice, in teoria. – 5.2. Il «riconoscimento» dei soggetti «deboli» da parte della Costituzione. – 5.3. La tutela dei soggetti «deboli» nella legislazione statale e regionale. – 5.4. La «debolezza» nella giurisprudenza costituzionale. – 5.4.1. L'interpretazione del principio di eguaglianza e il rispetto per la scelta politica del legislatore. – 5.4.2. Il rigore del sindacato (*strict scrutiny*) in ordine ai diritti fondamentali. – 5.4.3. La nozione di «debolezza» risultante dalla giurisprudenza costituzionale. – 6. La tutela multilivello dei soggetti «deboli». – 6.1. La tendenza all'elaborazione di forme di tutela internazionali e sopranazionali. – 6.2. Eguaglianza e diritti nell'Unione europea. – 6.3. Prospettive di raccordo tra le diverse forme di tutela.

## 1. *Premessa*

Il tema è difficile da mantenere sul piano strettamente giuridico: i due aspetti che lo compongono si prestano infatti a essere coniugati con digressioni sul piano etico, morale, filosofico, …

Tale è il tema dell'eguaglianza [1], da un lato, caposaldo dello stato di diritto (e quindi quanto mai giuridico), dall'altro, terreno fertile per la discrezionalità

[1] Si vedano i contributi contenuti in I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Milano, 2001.

e dunque per la politica, come dimostra il fatto che proprio l'art. 3 Cost., abbia consentito alla Corte costituzionale un controllo, come quello di ragionevolezza, confinante con il merito, inevitabilmente basato (anche) su parametri che propriamente giuridici non sono [2].

Analoghe considerazioni si possono svolgere in ordine al tema dei soggetti «deboli». La nozione di «debolezza» è difficile da definire in termini giuridici: è una nozione, come meglio si vedrà, connotata in larga misura dalla politicità, vale a dire da valutazioni di ordine politico, condizionate da ideologie, progetti politici, credenze, ecc.; d'altro canto, al giurista interessa prevalentemente la nozione giuridica di soggetto «debole»; interessa il soggetto «debole» solo in quanto oggetto di considerazione specifica da parte dell'ordinamento, quali ne siano i motivi.

### 1.1. *Soggetti «deboli» e eguaglianza*

Soggetti «deboli» e eguaglianza [3]. I due concetti si legano indissolubilmente: un soggetto può dirsi debole solo in quanto «non uguale». La «debolezza», in altri termini, è una condizione relazionale. Un lavoratore, di per sé, non è un soggetto «debole», ma lo è (o può esserlo) nei confronti del datore di lavoro; un cittadino di per sé non è un soggetto «debole», ma lo è (o può esserlo) di fronte all'attività autoritativa della pubblica amministrazione [4]; lo è (o può esserlo) in quanto utente, fruitore di servizi, consumatore, ecc.

Dall'indissolubilità dei due concetti consegue che il mutamento del concetto di eguaglianza porta a mutare la nozione di soggetto «debole»: insomma, l'evoluzione del concetto di eguaglianza, le vicissitudini che ha attraversato

---

[2] La difficoltà per il giurista di affrontare un tema, come quello del 2° comma, dell'art. 3, Cost., la cui formulazione «evoca problemi incommensurabili che le spuntate armi del giurista possono a mala pena sfiorare: alla dimensione filosofica, storica, politica si accompagnano – nel parlar di eguaglianza – quantomeno quella logica e di filosofia del linguaggio», è evidenziata anche da B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 2° comma della Costituzione*, Padova, 1984, 4. Riconosce che il controllo di ragionevolezza «apre la strada all'utilizzazione di criteri extra-legislativi», G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 155. Cfr. anche A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, App. 1994; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1997, 901 ss.

[3] Cfr. A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984.

[4] Sul rapporto tra sistema delle pubbliche amministrazioni e cittadino-utente v. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 71; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, 284 ss. e 297 ss., C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2000, 10; V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 79.

nella storia del nostro ordinamento e, più in generale, nel contesto dello stato di derivazione liberale, si riflettono inevitabilmente sulla nozione di soggetto «debole», condizionandone l'ampiezza, l'estensione, la riconduzione di questo o quel gruppo nell'ambito di tale categoria. La nozione di soggetto «debole», dunque, è storicamente relativa, risentendo del modo di concepire l'eguaglianza. Nei diversi periodi storici, infatti, le diverse sensibilità hanno condotto a mutare i beneficiari del principio di eguaglianza e ad includere nel novero dei soggetti «deboli» (o a escluderne) una o l'altra categoria.

In particolare, è da sottolineare il fenomeno per cui, con il diffondersi delle idee di eguaglianza sostanziale e di proporzionalità, si sono moltiplicate le discipline «speciali», con la conseguenza che, in alcuni ambiti, non è più dato rinvenire una legge generale accompagnata da alcune norme «speciali», «derogatorie» volte alla tutela di singoli gruppi o categorie di cittadini, ma si riscontra, piuttosto, un quadro formato da una moltitudine di leggi *tutte speciali*, costituenti, ciascuna, applicazione del principio «a situazioni diverse trattamenti diversi». Così, quelle discipline che originariamente erano avvertite come «speciali» e «derogatorie», hanno finito per apparire la regola, e non più l'eccezione [5]. In questo quadro-limite, il problema dell'individuazione dei soggetti «deboli» finisce per sfumare, potendosi dire, al limite, che tutti sono soggetti «deboli» o (il che è equivalente) che non ci sono soggetti «deboli».

### 1.2. *Soggetti «deboli» e diritti*

Il riferimento al principio di eguaglianza nella sua evoluzione storica è, dunque, essenziale ai fini dell'impostazione del problema teorico dell'individuazione dei soggetti «deboli». Ma la definizione di soggetto «debole», oltre che al tema dell'eguaglianza, si lega indissolubilmente anche al tema dei diritti.

Chi è un soggetto «debole»? «Debole» è chi ha meno diritti rispetto a tutti gli altri o rispetto a quello che, in un determinato momento storico, è ritenuto lo *standard* costituzionale dei diritti connesso alla cittadinanza di un certo ordinamento? O anche chi ne è astrattamente titolare, ma non è in condizione di esercitarli?

Vengono così in considerazione tutta una serie di variabili che possono, individualmente e collettivamente, condizionare l'esercizio dei diritti ovvero la

---

[5] Il fenomeno era già percepito da S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Diritto singolare*, ristampa inalterata, Milano, 1983, 88-89: «non si sa perché debbano ritenersi di diritto singolare certe norme che …, se costituiscono delle eccezioni a norme più generali, sono, considerate in sé e per sé, di così ampia portata e di così larga applicazione da potersi anch'esse considerare come regole».

loro titolarità; vuoi che ciò accada per ragioni naturali, per condizioni socio-economiche, per ragioni storico-politiche, fino all'eventualità che sia lo stesso ordinamento a privare alcuni soggetti di tutti o parte dei diritti stessi o comunque ad impedirne il libero esercizio.

A ciò si collega un problema strettamente consequenziale: il discorso va riferito a tutti i diritti, cioè a tutte le situazioni giuridiche soggettive considerate tali dall'ordinamento o va limitato ai diritti definiti dall'ordinamento stesso come fondamentali? Oppure, ancora, si può individuare «all'interno» di ciascun diritto un «nucleo minimo essenziale» o «irrinunciabile», sia nell'ambito dei diritti fondamentali che di quelli non definiti tali dell'ordinamento?

### 1.3. *Considerazioni in ordine al metodo*

Si tratta forse di interrogativi non giuridici o al limite della giuridicità, ma che devono essere orientati verso una risposta giuridica.

Ciò in quanto l'introduzione di norme riservate a specifici destinatari, che implicano trattamenti «speciali» e «derogatori» rispetto ad una disciplina «generale» avviene dietro la spinta di specifiche esigenze di vita, ritenute di volta in volta rilevanti dal legislatore.

Rispondendo a questi interrogativi si otterrà una definizione di soggetto «debole» secondo un metodo «induttivo», casistico. I risultati cui si perviene così procedendo vanno tuttavia confrontati con i risultati di un opposto approccio al problema della definizione di soggetti «deboli», un approccio che può essere definito «deduttivo», che muove dall'esame sistematico del diritto positivo, della Costituzione *in primis* e della legislazione, quindi della giurisprudenza, ricercando a quali soggetti viene fornita una particolare tutela (diversa da quella di tutti gli altri), per concludere che i destinatari di tale tutela sono i soggetti «deboli».

All'atto pratico conviene certamente coniugare i due metodi, dapprima cercando di individuare una nozione di «debolezza», anche con l'aiuto delle scienze non giuridiche o paragiuridiche; quindi, verificando se e come la nozione così ricavata trova riscontro nel diritto oggettivo.

Un risultato che deriva dall'adozione di questo metodo è quello di mantenere aperto l'elenco dei soggetti «deboli»: il riferimento extragiuridico consente, infatti, di ampliare, ma anche di ridurre, il novero dei soggetti «deboli». Nel costituzionalismo moderno, infatti, l'elenco dei soggetti «deboli» è aperto, non chiuso, come riflesso del carattere aperto e non chiuso della stessa categoria dei diritti fondamentali, a loro volta condizionati dall'evolversi della vita sociale e delle esigenze che in essa si manifestano.

## 2. *Concetto di «debolezza»*

Occorre allora muovere dall'individuazione del concetto di «debolezza», traendo indicazioni sia dalle scienze giuridiche sia da quelle extragiuridiche, per poi procedere a sottoporre la definizione ottenuta «alla prova» del diritto oggettivo.

Chi sono i soggetti «deboli» [6]? Ancor prima: ci sono soggetti «deboli»? O siamo tutti soggetti «deboli», almeno potenzialmente? Tutti, infatti, possiamo essere malati o disoccupati. Tutti siamo inoltre soggetti «deboli» temporaneamente: tutti siamo in un certo periodo della vita bambini o anziani [7]. Se tutti, dunque, siamo soggetti «deboli» «relativamente», tutti, infine, siamo soggetti «deboli» «relazionalmente»: tutti siamo «deboli» nei confronti di qualche altro soggetto, ad esempio il datore di lavoro o la pubblica amministrazione.

Volendo trasporre le considerazioni in fatto appena svolte in un ragionamento giuridico, occorre a questo punto considerare che, come anticipato, l'identificazione dei soggetti «deboli» si lega indissolubilmente al tema dei diritti [8]. Il collegamento con il tema dei diritti consente pertanto di identificare una definizione di «debolezza» «giuridica», piuttosto che di ordine politico o morale o filosofico: il soggetto «debole» è tale in quanto non gode di alcuni diritti, non gode di tutti i diritti di cui godono tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Secondo un primo tentativo di individuazione di una nozione teorica, la «debolezza» viene, dunque, definita in relazione a due elementi: il principio di eguaglianza e il patrimonio di diritti.

Questi due elementi, lungi dall'essere separati, si intrecciano, nella nozione di «debolezza», in un rapporto indissolubile [9]: l'eguaglianza, che di per sé è un concetto relazionale, assume come termine di riferimento i diritti; d'altro canto, i diritti non vengono in considerazione in quanto tali, atomisticamente considerati, bensì come elemento indispensabile al raffronto da cui scaturisce la (eventuale) condizione di «debolezza». Se è vero che il massimo godimento dei diritti si traduce in eguaglianza, è vero anche che, circolarmente, l'eguaglianza si esprime essenzialmente (seppur non esclusivamente) nella tutela dei

---

[6] P. CENDON, *Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi*, in *Politica del diritto*, 1996, 485 ss. Molte delle indagini di questo Autore hanno analizzato nello specifico alcune «debolezze», v., tra le altre, P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*; ID. (a cura di), *I bambini e i loro diritti*, Bologna, 1991.

[7] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. del dir.*, 1999, 25 ss.

[8] Questo legame è messo in luce da P. CENDON, *Quali sono i soggetti deboli?*, cit., 495.

[9] Cfr. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995.

diritti; come pure è vero l'opposto, cioè che, astrattamente, l'eguaglianza può anche consistere nella comune privazione dei diritti.

Si percepisce immediatamente la necessità di una serie di chiarimenti.

### 2.1. *«Debolezza» «di fatto» e «debolezza» voluta dall'ordinamento (ovvero: «debolezza» come «causa» o come «effetto» del trattamento diseguale)*

Innanzitutto, i soggetti «deboli» sono tali in quanto sono privati (o limitati nell'esercizio) di alcuni diritti o risultano (ragionevolmente o meno, si vedrà) privati (o limitati nell'esercizio) di alcuni diritti in quanto sono «deboli»?

La «debolezza», cioè, è una «causa» o un «effetto», una conseguenza del trattamento diseguale? La risposta non può essere univoca.

In alcuni casi la «debolezza» è una «causa»: il soggetto è «debole» «di natura» (es. donna, minore, anziano, portatore di *handicap*) o per circostanze storiche (es. minoranze linguistiche, religiose) o ambientali (disoccupato); in questi casi l'eguaglianza è un obiettivo che deve essere perseguito.

In altri casi la «debolezza» è un «effetto»: un soggetto inizialmente non «debole» diviene tale a causa di un comportamento a lui imputabile, effetto che può essere una reazione dell'ordinamento a suoi comportamenti (es. i falliti, i carcerati), ovvero una scelta puramente volontaria (es. le minoranze religiose). In questi casi, dal punto di vista dell'ordinamento, ai fini della tutela delle situazioni di «debolezza», l'eguaglianza non è un obiettivo, o almeno non è un obiettivo «a tutto tondo», ma solo entro certi limiti; il trattamento diverso, infatti, è l'obiettivo e il problema è definire entro quali limiti questo sia compatibile con il principio di eguaglianza.

In altri termini: le disuguaglianze nell'esercizio dei diritti suscettibili di rilevare ai fini della qualificazione di un soggetto come «debole» e quindi meritevole di tutela sono solo quelle «di fatto» o sono anche quelle che discendono da differenziazioni volute dall'ordinamento quale conseguenza di comportamenti imputabili al soggetto (es. fallito, carcerato, sottoposto a disciplina del codice militare di pace e di guerra)?

La risposta sembra essere nel senso che il fatto che il trattamento diverso di un soggetto sia voluto dall'ordinamento non valga di per sé a escludere che ne derivi la «debolezza» dello stesso.

Il fatto che l'ordinamento voglia per alcuni soggetti un trattamento differenziato, infatti, non esime dall'obbligo di applicazione del principio di eguaglianza.

Il problema è in questo caso più complesso (rispetto alla «debolezza» «di fatto») perché si tratta di definire la sottile linea di confine entro cui la diversità possa dirsi compatibile con l'eguaglianza.

Non solo. Occorre anche considerare come non tutte le distinzioni operate dall'ordinamento identifichino una condizione di «debolezza». In alcuni casi il trattamento diverso non supera la «soglia» della «debolezza».

Intuitivamente, si comprende come diverso sia il caso del carcerato sottoposto alla disciplina penitenziaria rispetto a quello del soldato sottoposto alla disciplina militare: ma qual è il *discrimen*? È di tipo qualitativo (la volontarietà o meno della sottoposizione a una disciplina particolare) o di tipo quantitativo (la diversità di trattamento, in ordine all'esercizio dei diritti, rispetto alla generalità dei cittadini, del soldato non è significativa, non arriva alla «soglia» della discriminazione ovvero della «debolezza», al contrario del carcerato)?

Il *discrimen* risiede nella «ragionevolezza» (o meno) del trattamento differenziato, per valutare la quale sono da utilizzare sia considerazioni di ordine qualitativo, come la volontaria accettazione o meno del trattamento, sia considerazioni di ordine quantitativo.

Queste ultime sono in concreto più difficili da valutare, ma non vi è dubbio che il giudizio di ragionevolezza (in senso lato) comprenda anche un giudizio di proporzionalità, che per definizione si basa su valutazioni in termini quantitativi (si pensi alla questione delle «quote» femminili in sede di predisposizione delle liste elettorali, che nasce dalla considerazione, puramente quantitativa, del «piccolo» numero di donne elette nei vari consigli; oppure alle azioni positive per la promozione dell'imprenditoria femminile o giovanile).

Più agevole è l'accertamento di profili «qualitativi»», quali l'accettazione o meno di un certo trattamento, che può anche essere insita nell'appartenenza o meno di un soggetto ad una certa formazione sociale: ad esempio, «il fatto che un lavoratore non iscritto ad alcun sindacato subisca eventualmente dei pregiudizi di fatto o di diritto, per tale sua manifestazione di indipendenza non può essere considerato come una discriminazione da impedire, o da compensare con altri vantaggi» [10].

## 2.2. *Politicità del concetto di «debolezza»*

Già da queste prime osservazioni, poco più che intuitive, si percepisce la politicità, e di conseguenza la relatività, della nozione di «debolezza».

Nella definizione della condizione di «debolezza» la scelta politica gioca un ruolo decisivo non soltanto nel caso in cui tale condizione sia determinata dalla volontà dell'ordinamento, ma anche nel caso in cui sia determinata da circostanze di fatto.

---

[10] A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 287.

Nel caso di soggetto «debole» (cioè diverso rispetto a tutti gli altri o rispetto a uno *standard*) «di fatto», cioè non per scelta politica, è, infatti, comunque politica la scelta in ordine alla «soglia della debolezza» oltre la quale l'ordinamento sceglie di intervenire per porvi rimedio. Ad esempio, è una scelta politica la determinazione della soglia di povertà (es. per esenzioni fiscali o attribuzione assegni di mantenimento) o del tipo di malato (grave, cronico, … es. per esenzione dal pagamento del *ticket*) [11].

Nel caso di soggetto «debole» perché è l'ordinamento che vuole che sia tale per effetto di suoi comportamenti o scelte (es. il carcerato, il fallito, la famiglia di fatto, l'omosessuale …), il ruolo cruciale della scelta politica non ha bisogno di dimostrazioni. Tuttavia, si pone in questo caso il problema di stabilire entro quali limiti la scelta in tal senso dell'ordinamento possa essere compatibile con il principio di eguaglianza.

Come si è brevemente anticipato, tali limiti sembra non possano essere definiti se non da canoni quali quelli di ragionevolezza, coerenza, proporzionalità, secondo le varie accezioni di tali termini. Nel giudizio di ragionevolezza (in senso lato), del resto, tra gli elementi di cui tener conto vi è sicuramente quello della *ragione* della «debolezza»: il giudizio, quindi, potrà avere esito diverso se la condizione di «debolezza» del soggetto, piuttosto che involontaria, dipende da una scelta dello stesso o da una scelta precisa dell'ordinamento.

Queste considerazioni inducono ad affinare la nozione di «debolezza» su prospettata: questa non può esser definita solo in relazione ai due elementi giuridici (eguaglianza e diritti): alla sua definizione concorre infatti anche un elemento extragiuridico, dato dalla scelta politica.

Così come i due elementi giuridici, l'eguaglianza e i diritti, si legano indissolubilmente nella nozione di «debolezza», così pure l'elemento extragiuridico si lega indissolubilmente a questi, tanto da risultare in pratica impossibile isolarlo; se, ai fini di una ricostruzione teorica della «debolezza» può essere utile indicarlo come elemento distinto, in realtà esso forma un tutt'uno col modo d'intendere e praticare sia l'eguaglianza che i diritti.

### 2.3. *Concetto di «debolezza» e pluralità degli ordinamenti giuridici*

Proprio a causa della politicità e relatività del concetto di «debolezza», un soggetto, inoltre, può essere «debole» per un ordinamento e non per un altro.

Il concetto di «debolezza» muta, infatti, al mutare della forma di stato; tale concetto, anzi, costituisce uno degli elementi che vale a caratterizzare ciascuna forma di stato, storicamente determinata.

---

[11] Simili considerazioni sono svolte da M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., spec. 52.

La variabilità della «debolezza», peraltro, non si riscontra solo nell'ambito degli ordinamenti statali, ma anche tra ordinamenti di tipo diverso; in particolare, problemi si possono determinare quando tra gli ordinamenti vi sia un rapporto di interferenza.

Ad esempio, l'ordinamento della chiesa cattolica discrimina, negando loro alcuni diritti (es. diritto di contrarre matrimonio, di eucarestia), alcuni soggetti (es. divorziati, omosessuali, famiglie di fatto …); lo stesso fanno altre confessioni religiose.

Questo può portare a contrasti con la posizione di questi soggetti nell'ordinamento statale italiano.

Un contrasto con le norme della Costituzione italiana, ad esempio, è stato ravvisato dalla Corte costituzionale nella norma in base alla quale l'appartenenza di un soggetto alla comunità israelitica prescindeva da una manifestazione di volontà dello stesso. «L'obbligatoria appartenenza alla Comunità di un soggetto, per il solo fatto di essere «israelita» e di risiedere nel «territorio» di pertinenza della Comunità medesima, senza che l'appartenenza sia accompagnata da alcuna manifestazione di volontà in tal senso viola quella «libertà di adesione» che è tutelata dagli articoli 2 e 18 della Costituzione» [12]. L'israelita, privato di tale libertà, è dunque ritenuto dalla Corte un soggetto «debole» (mentre non lo è per l'ordinamento di tale confessione religiosa).

Altre ipotesi di contrasto possono prospettarsi nei rapporti tra Stato e Regioni, specie dopo la riforma del Titolo V, Parte II, Cost. (v. *amplius infra*, par. 5.3).

Lo Statuto della Regione Toscana, recentemente approvato, ad esempio, predispone una particolare tutela per i diversi «orientamenti sessuali» (art. 4, lett. *s*): «La Regione Toscana persegue, tra le finalità prioritarie: … *s*) il rifiuto di ogni forma di xenofobia e di discriminazione legata all'etnia, all'orientamento sessuale e a ogni altro aspetto della condizione umana e sociale; …»), assumendo che i soggetti con un diverso orientamento sessuale siano soggetti «deboli», (forse) non adeguatamente tutelati dalla legislazione nazionale: potrebbe esservi un contrasto tra il concetto di «debolezza» nei due ordinamenti, regionale e statale.

Al principio enunciato nello Statuto ha quindi dato attuazione, come si vedrà (v. *infra*, par. 5.3), la legge regionale n. 63/2004, impugnata dal Governo presso la Corte costituzionale, a dimostrazione della non meramente teorica possibilità di contrasto tra concetto di «debolezza» a livello regionale e a livello statale: alcuni soggetti possono essere considerati «deboli» a un livello ordinamentale e non a un altro, con inevitabili problemi in ordine all'applicazione del principio di eguaglianza.

---

[12] Corte costituzionale, sent. n. 239/1984.

Le stesse considerazioni si potrebbero riproporre con riferimento al rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento sovrananzionale: l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, infatti, tutela, al pari dello Statuto della Regione Toscana, i diversi orientamenti sessuali (anche su questo profilo v. *amplius infra*, par. 6.2).

Ancora, lo Statuto toscano prevede che «La Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» (art. 3.6). Si tratta, com'è evidente, anche in questo caso di una tutela particolare predisposta a livello regionale a favore di una categoria di soggetti ritenuta «debole», potenzialmente in conflitto con la disciplina predisposta per la categoria stessa a livello statale [13].

## 2.4. *Conclusione sulla nozione di «debolezza»*

In conclusione, la nozione di «debolezza» si definisce in relazione a tre parametri, che operano congiuntamente, variamente combinandosi: due di ordine giuridico (principio di eguaglianza e situazione in ordine alla titolarità e al godimento di diritti), uno di ordine extragiuridico (etico, morale, ideologico, storico, sociale, filosofico, ma soprattutto politico).

Spetta al giurista definire i primi due fattori, mentre il terzo, che determina la variabilità, la mutevolezza, la relatività del concetto, è affidato ad altre scienze. Occorre, peraltro, precisare che anche l'elemento extragiuridico, in virtù del suo combinarsi in un rapporto inscindibile con gli altri elementi, non sfugge al controllo che può essere effettuato sotto il profilo della ragionevolezza.

---

[13] Nella norma, infatti, il Governo ha ravvisato un contrasto con gli artt. 48 (che riserva il diritto di elettorato attivo solo a chi possiede la cittadinanza italiana) e 117, 2) (che riserva allo Stato competenza legislativa esclusiva in materia elettorale) Cost. e ha, conseguentemente, impugnato la stessa presso la Corte costituzionale. La Corte, con una decisione discutibile e molto discussa, ha inteso ridimensionare il conflitto, affermando che le disposizioni statutarie di principio sarebbero prive di efficacia giuridica: «le enunciazioni statutarie esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa» (sent. n. 372/2004). Tra i molti commenti che ha suscitato questa sentenza, si vedano quelli di A. RUGGERI, *La Corte, la «denormativizzazione» degli Statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, n. 3, 2005, attualmente nella rivista telematica Forum di *Quaderni costituzionali*; P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, n. 3, 2005, attualmente nella rivista telematica Forum di *Quaderni costituzionali*; A. ANZON, *L'«inefficacia giuridica» di norme «programmatiche»*, in *www.costituzionalismo.it*; S. BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, n. 1, 2005, attualmente nella rivista telematica Forum di *Quaderni costituzionali*; R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, nella rivista telematica Forum di *Quaderni costituzionali*.

La «debolezza», dunque, in ragione di questa variabile indipendente (dal diritto) è *sempre* una condizione relativa, frutto di scelte politiche e non è mai una condizione «assoluta» [14].

Inoltre, risultando dalla combinazione di fattori eterogenei, la categoria dei soggetti «deboli» non è unitaria (alcuni sono tali per natura, per nascita o lo diventano, altri per condizioni sociali, economiche, altri a causa di comportamenti, altri lo sono per un ordinamento ma non per un altro …).

La condizione di «debolezza», inoltre, è soggetta a mutare in ragione del mutamento degli elementi che la determinano.

Così, in particolare, l'evoluzione del principio di eguaglianza (v. *infra*, parr. 3.1 e 5.3), nel senso di legittimare trattamenti diversi in misura sempre maggiore, con la trasformazione del trattamento particolare da «eccezione» a «regola», ha contribuito alla relativizzazione, alla «frammentazione» del concetto di «debolezza». È, infatti, evidente che, se il trattamento «particolare» diviene la «regola», il soggetto, originariamente considerato «debole», non può più essere visto come tale [15].

Una significativa applicazione di tale evoluzione si rileva con riferimento alla protezione delle minoranze linguistiche. Se, un tempo, le misure adottate per proteggere le minoranze, in quanto sporadiche e isolate, erano viste quasi

---

[14] Anche se nei confronti di alcune «debolezze» si sarebbe portati a negarne la relatività (es. la debolezza dell'invalido), questo è dovuto al fatto che in alcuni casi i fattori extragiuridici (etici, religiosi, morali, …) tendono a convergere più che in altri. Ma il concetto è pur sempre relativo, come sembra sottintendere anche P. CENDON, *Quali sono i soggetti deboli?*, cit., 488 quando afferma che «Della (correttezza di tale) qualifica non si dubita *quasi mai* (corsivo aggiunto) per i bambini: soprattutto per i neonati prematuri, per gli orfani, per i minori maltrattati. Oppure con riferimento ai portatori di *handicap*, ai malati gravi, agli infermi psichici».

[15] Questo fenomeno potrebbe essere rappresentato, con riferimento a soggetti non «personali», ma «istituzionali», dal rapporto che si potrebbe venire a instaurare tra regioni speciali e regioni ordinarie, dopo la riforma del Titolo, Cost. Secondo il disegno originario della Costituzione del 1948, le regioni ordinarie erano, infatti, soggette a una disciplina (in larga misura) generale, le cui linee erano definite dallo Stato (la «regola»), mentre per le regioni speciali era predisposta una disciplina particolare (l'«eccezione»). Dopo la riforma del Titolo V, in virtù dell'accresciuta misura dell'autonomia riconosciuta alle regioni ordinarie, e in specie di quell'autonomia che le regioni ordinarie acquisirebbero se si attivasse il meccanismo di cui all'art. 116, ultimo comma, potrebbe divenire difficile rinvenire una «regola»; ogni regione ordinaria, cioè, potrebbe finire per dotarsi di una disciplina «particolare», «speciale». La «specialità» delle regioni speciali, in questo quadro, finirebbe per svanire, una volta che non fosse più possibile definire il rapporti tra regioni ordinarie e regioni speciali come un rapporto tra «regola» e «eccezione»: tutte le regioni, in quanto dotate di una disciplina particolare, sarebbero «speciali».

Sul tema cfr. A. RUGGERI, *Le Regioni speciali*, in *Foro it.*, 2001, V, 205; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esploso»*, in *Le Regioni*, n. 6, 2001; N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del titolo V*, in *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 51 ss.; L. AZZENA, *Le regioni speciali dopo la riforma del titolo V: riflessioni sull'attualità della specialità*, in G. VOLPE (a cura di), *Alla ricerca dell'Italia federale*, Pisa, 2003, 71 ss.

come un'«anomalia», oggi, l'evoluzione del principio di eguaglianza sostanziale, di cui tali misure costituiscono applicazione, garantito in tutte le costituzioni e in molte convenzioni internazionali, ne ha determinato la moltiplicazione. Le misure specifiche rivolte alla protezione dei valori linguistici e culturali delle minoranze, dunque, lungi dal costituire un'«anomalia», possono oggi essere considerate, all'opposto, come la «norma» [16].

## 3. *Eguaglianza e diritti*

### 3.1. *L'evoluzione del concetto di eguaglianza*

Si è detto come la nozione di «debolezza»» risulti dalla combinazione di una pluralità di elementi. Le componenti giuridiche sono costituite dall'eguaglianza e dai diritti.

Ma di quale eguaglianza si tratta? E di quali diritti?

È importante porsi questi interrogativi perché non si può chiarire il nostro tema se non si considera come il concetto di eguaglianza sia mutato nel tempo e, soprattutto, come sia mutato, come si vedrà, andando a intrecciarsi sempre più strettamente con il profilo dei diritti.

Innanzitutto, all'eguaglianza formale si è aggiunta l'eguaglianza sostanziale. Così nell'art. 3 Cost.: al 1° comma è sancito il principio dell'eguaglianza formale, al secondo il principio dell'eguaglianza sostanziale [17].

L'esperienza ha poi dimostrato come i due principi vadano letti insieme, formando due aspetti di un unico principio, espressione di un unico imperativo di giustizia (sull'orientamento in tal senso della giurisprudenza costituzionale, v. *infra*, par. 5.4.1). «I due principi di eguaglianza si limitano e completano a vicenda: quello «sostanziale» impedisce l'eccesso di rigore dell'eguaglianza formale, stempera la *dura lex* che non ammette eccezioni in nome della giustizia; l'eguaglianza formale impedisce alle azioni «positive» di diventare a loro volta fonte di ingiustizia, dando luogo a casi di «*discriminazione all'incontrario*» [18].

---

[16] Questa evoluzione è sottolineata da B. DE WITTE, *I diritti individuali garantiti dall'accordo di Parigi del 5 settembre 1946: una eccezione diventata norma?*, in A. DE GUTTRY-N. RONZITTI (a cura di), *I rapporti di vicinato tra Italia e Austria*, Milano, 1987, 243 ss.

[17] Per un'organica trattazione del tema cfr. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit.; U. ROMAGNOLI, *Art. 3, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1975, 162 ss.

[18] R. BIN-G. PITRUZZELLA-P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 152.

Così, il tema «non discriminazione» e «posizione dei soggetti deboli» non può riguardare il solo principio di eguaglianza formale.

Ma rilevare come, nel tempo, l'eguaglianza sostanziale si sia aggiunta all'eguaglianza formale, rilevare come si sia andata affermando un'interpretazione dei due principi volta a tener conto delle reciproche interrelazioni, non è sufficiente. Occorre, altresì, rimarcare come nel costituzionalismo moderno, nello stato sociale, come accennato, il tema dell'eguaglianza si sia legato strettamente al tema dei diritti, entrambi aspetti di un'evoluzione nella stessa direzione [19].

Le costituzioni contemporanee hanno, infatti, per un verso, corretto la tradizionale concezione «negativa» dei diritti, spostando la prospettiva dei diritti dal terreno della difesa da ingerenze esterne a quello della «diffusione delle *chances* di realizzazione di identità molteplici e della possibilità dell'effettivo esercizio dei diritti» [20].

Per altro verso, ma correlatamente, è stato rivisitato il concetto di eguaglianza. Oggi le concezioni dell'eguaglianza fondate sul paradigma distributivo, che mirano, cioè, alla eguale distribuzione di tutti i beni sociali principali, sono considerate inadeguate, sostituite da quelle concezioni che mirano alla «liberazione» da «forme di subalternità sociale» [21]. L'eguaglianza, dunque, non postula più oggi solo una mera redistribuzione di beni, ma soprattutto interventi «positivi», volti alla diffusione delle opportunità. Diffusione delle opportunità altro non significa che assicurare oltre alla protezione, la «promozione» dei diritti.

### 3.2. *I diritti fondamentali come parametro della «debolezza». Analogia con la dottrina statunitense dei* preferred rights

Occorre però chiarire di quali diritti si tratta: dei soli diritti fondamentali o anche dei diritti non fondamentali? Se la nozione di «debolezza» risulta da un giudizio sull'eguaglianza di un soggetto o di una categoria di soggetti in relazione ad un parametro costituito da un patrimonio di diritti, la ricognizione di questo patrimonio è, infatti, prioritaria. La ricognizione del patrimonio di diritti di un soggetto o di una categoria di soggetti è preliminare alla sua even-

---

[19] Questo legame è sottolineato da P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 41; A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, cit., 159 ss., spec. 191; S. MAFFETTONE (a cura di), *Libertà ed eguaglianza*, Torino, 1991.

[20] P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., 41.

[21] P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., spec. 41-43.

tuale identificazione come «debole», valendo come elemento di raffronto con il parametro costituito dal patrimonio di diritti di cui godono tutti gli altri soggetti di un ordinamento.

Il nucleo dell'eguaglianza (e, quindi, della «debolezza») è costituito dai diritti fondamentali o, almeno, dal loro «nucleo incomprimibile» o «irriducibile».

Questa affermazione sembra trovare conferma nella giurisprudenza costituzionale, che ha individuato un *quid* di tutela anche nei confronti degli stranieri, identificandolo con i diritti inviolabili dell'uomo [22] o con il loro nucleo «irriducibile» [23].

Il principio è stato ribadito anche con riferimento agli immigrati clandestini, di cui deve essere tutelato il «nucleo incomprimibile» delle garanzie poste a tutela della libertà personale [24].

Il riferimento al «nucleo irriducibile» dei diritti fondamentali consente di confermare la correttezza dell'affermazione anche con riguardo a quei diritti che, pur se da considerarsi fondamentali, possono «sopportare» una limitazione in senso soggettivo, senza determinare situazioni di «debolezza».

Il problema si pone, in particolare, con riferimento alla categoria dei diritti «politici», che, pur se da considerarsi «fondamentali» [25], possono subire limitazioni in ragione del possesso o meno della cittadinanza. Così, la Corte costituzionale, sin dalla giurisprudenza più risalente, riconosce agli stranieri di poter godere «di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo *status civitatis*» [26]. Del pari, più di recente, ha escluso e-

---

[22] Si vedano, tra le altre, le sentt. nn. 120/1967, 140/1969, 1146/1988. Cfr. P. PASSAGLIA-R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in M. REVENGA SÁNCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, II Giornate italo-spagnole di giustizia costituzionale, Milano-Valencia, 2004, 11 ss.

[23] Con riferimento al diritto alla salute v. sent. n. 252/2001; al diritto di difesa v. sent. n. 385/2001.

[24] Sentt. nn. 222 e 224/2004, su cui v. *amplius infra*, par. 5.4.

[25] Secondo quanto rilevato da A. Baldassarre, i diritti politici, insieme ai diritti sociali, costituiscono espressione della libertà «positiva», e si contrappongono ai diritti della personalità, espressione della libertà «negativa». La Costituzione protegge i due tipi di libertà con la stessa forza e lo stesso valore; tuttavia, «la differenza strutturale tra l'un tipo e l'altro delle libertà comporta regole interpretative diverse nell'un caso e nell'altro, nel senso che, mentre i limiti legislativamente posti alla libertà-indipendenza devono essere sottoposti a *tests* di estremo rigore (*strict scrutiny*) per esser ritenuti costituzionalmente validi, al contrario quelli posti alle libertà «positive» sono soggetti, nella necessaria commisurazione con gli altri valori costituzionali, a forme di bilanciamento nelle quali il contrappeso rappresentato dagli interessi pubblici o collettivi gioca un ruolo più significativo di quello che si riscontra nelle libertà «negative», A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, I, Milano, 1996, 63 ss.

[26] Sent. n. 11/1968.

spressamente i diritti politici dal novero dei diritti fondamentali che non possono non essere assicurati agli apolidi [27].

La questione, invero, si pone in termini complessi: il diritto di voto e di elettorato passivo degli stranieri alle elezioni politiche viene, in genere, ritenuto escluso dagli artt. 48 e 51, Cost., che riserverebbero tale diritto ai cittadini italiani; più controverso si presenta il riconoscimento dello stesso diritto con riferimento alle elezioni amministrative [28]; infine, generalizzata è la tendenza ad ammettere altre forme di partecipazione [29].

Da queste considerazioni emerge l'idea che «sia possibile operare una distinzione *interna* alla categoria dei diritti politici, in base alla *quota di potere* espressa o potenziale, e che sia compatibile con il rispetto dell'art. 3 Cost. – sia cioè *ragionevole* – differenziare su questa base le posizioni giuridiche di cittadini e stranieri» [30].

La questione è attualmente assai dibattuta, ma forse i tempi sono sufficientemente maturi per poter individuare, all'interno della categoria dei diritti politici, un «nucleo» che ad oggi ancora non lo è, ma potrebbe divenire «incomprimibile», che comprenderebbe quei diritti attraverso cui tutti coloro che vivono stabilmente in un dato territorio (cittadini e non) possono far valere «di fronte alle istituzioni le proprie particolari esigenze connesse con il loro radicamento nel territorio» [31]. Al di fuori di questo nucleo, per i diritti politici come per tutti gli altri diritti, «l'estensione dei diritti costituzionali ai non cittadini può essere decisa dal legislatore secondo ragionevolezza» [32].

Il principio per cui i diritti fondamentali devono essere riconosciuti anche nei confronti dei non cittadini è, peraltro, generalmente affermato nei moderni ordinamenti democratici. Così, di recente, è stato ribadito [33] dai giudici statunitensi in una serie di sentenze rese in relazione al caso del trattamento dei detenuti di Guantánamo, a cui l'Esecutivo degli Stati Uniti nega lo *status* di prigioniero di guerra e, conseguentemente, l'applicazione delle garanzie previ-

---

[27] Sent. n. 172/1999.

[28] Le previsioni in tal senso di alcuni Statuti regionali sono state vanificate, com'è noto, dalla Corte costituzionale, v. sentt. nn. 372, 378 e 379/2004, cit., v. *supra*, nota 11.

[29] V. Consiglio di Stato, parere del 28 luglio 2004, n. 8007 secondo cui gli statuti comunali potrebbero, ad esempio, estendere l'elettorato attivo e passivo agli stranieri extracomunitari con riguardo alle circoscrizioni comunali. Cfr. C. SALAZAR, *Brevi note intorno all'«aspra contesa» tra Governo ed autonomie locali sull'estensione del diritto di voto e dell'elettorato passivo agli stranieri extracomunitari*.

[30] G. BRUNELLI, *Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza*, 17 del dattiloscritto.

[31] Cons. Stato, parere n. 8007, cit.

[32] C. SALAZAR, *Brevi note intorno all'«aspra contesa»*, 7 del dattiloscritto.

[33] Il principio è noto al diritto statunitense sin dal 1789, quando l'*Alien Tort Claims Act* diede ai non cittadini la facoltà di appellarsi ai tribunali americani per le violazioni dei trattati.

ste dalla Convenzione di Ginevra. I giudici statunitensi, in un momento storico particolarmente delicato (dopo l'11 settembre 2001), in cui l'idea che le ragioni della sicurezza nazionale possono giustificare il sacrificio dei diritti individuali costituzionali rischiava di prevalere, hanno voluto riaffermare il principio per cui tutti i diritti individuali scritti nella Costituzione degli Stati Uniti si applicano anche ai cittadini stranieri [34].

Non solo. La giurisprudenza della nostra Corte costituzionale esclude anche che le azioni positive, ossia quelle «misure legislative, volutamente diseguali», che «possono certamente essere adottate per eliminare situazioni di inferiorità sociale ed economica o, più in generale, per compensare e rimuovere le disuguaglianze materiali tra gli individui (quale presupposto del pieno esercizio dei diritti fondamentali) » possano «incidere direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in eguale misura a tutti i cittadini in quanto tali» [35]. Quindi, il patrimonio di diritti fondamentali deve essere assicurato a tutti (e non solo ai cittadini) in eguale misura, non può cioè subire «declinazioni» in senso diseguale neanche per rimuovere gli ostacoli a una disuguaglianza materiale.

La «debolezza» in senso stretto è, dunque, la situazione di chi non ha o non può esercitare in condizioni di eguaglianza i diritti fondamentali (o il «nucleo irriducibile» di questi).

I diritti non fondamentali, invece, non costituiscono l'essenza della «debolezza»; vale a dire che non ogni diversità di trattamento in ordine a tali diritti integra gli estremi della «debolezza».

Ad esempio, lo straniero a cui fosse negato (o non fosse reso effettivo) il diritto a usare la propria lingua nei procedimenti penali sarebbe da considerarsi un soggetto «debole» (perché privato del diritto fondamentale di difesa in giudizio), mentre non potrebbe essere considerato «debole» per il fatto che

---

[34] V. sent. 31 gennaio 2005 della *District Court of Columbia*. La pronuncia è stata preceduta da una serie di pronunce della Corte Suprema USA del 28 giugno 2004 (*Rasul v. Bush*, 542 U.S. (2004); *Al Odah v. United States*, 542 U.S. (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. (2004)). La vicenda dei detenuti di Guantánamo è ricostruita nel dettaglio da A. DE PETRIS, *Guantánamo: un buco nero nella «terra delle libertà»*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, in corso di pubblicazione presso i *Quaderni del Seminario sui Diritti Fondamentali in Europa*, Luiss University Press, n. 2, 2004.

Sul rapporto tra sicurezza (collettiva) e libertà (individuale) v. F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, in A. GRANELLI-M.P. PATERNÒ (a cura di), *Torture di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 115 ss.; F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GRANELLI-M.P. PATERNÒ (a cura di), *Torture di Stato*, cit., 161 ss.; G.M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, in A. GRANELLI-M. P. PATERNÒ (a cura di), *Torture di Stato*, cit., 181 ss.

[35] Tra cui, in particolare, il diritto di elettorato passivo, sent. n. 422/1995, ripresa dalla sent. n. 49/2003, in materia di quote elettorali femminili.

non gliene sia consentito l'uso in qualunque ufficio pubblico o che non gli sia consentito di redigere nella sua lingua contratti o altri atti di diritto privato [36].

Peraltro, l'affermazione secondo cui il patrimonio di diritti fondamentali (quantomeno nel loro «nucleo essenziale») deve essere eguale per tutti necessita di una precisazione.

Anche i diritti fondamentali, a ben vedere, possono essere diversi, limitati in relazione ad un soggetto o a una categoria di soggetti (determinando la «debolezza» del soggetto i cui diritti fondamentali sono limitati), ma solo per effetto di un bilanciamento con altri valori fondamentali. Ad esempio, la libertà di circolazione (diritto fondamentale) dei carcerati è limitata in ossequio al diritto fondamentale di sicurezza degli altri consociati; la libertà di culto (diritto fondamentale) in alcune forme può essere limitata in ossequio alla libertà di religione altrui o della stessa libertà personale o del rispetto della dignità della persona; il diritto di voto (diritto fondamentale) del fallito è limitato in ossequio al principio di corretta esplicazione dell'attività economica, …

Interessa, peraltro, sottolineare come i soggetti i cui diritti fondamentali siano in qualche modo sacrificati, sia pur legittimamente e ragionevolmente, siano comunque «deboli». Il carcerato, in quanto non sia in grado di esercitare la libertà (fondamentale) di circolazione, è un soggetto «debole», al pari del soggetto che non può esercitare la stessa libertà in quanto, ad esempio, portatore di *handicap*.

Quello che differenzia la condizione di questi soggetti è la risposta dell'ordinamento. L'obiettivo di consentire l'esercizio di questa libertà può o deve essere perseguito con riferimento al solo portatore di *handicap*, dato che la limitazione della libertà del carcerato è stata voluta dall'ordinamento stesso, al fine di garantire altri valori costituzionali.

Anche quest'ultimo è tuttavia un soggetto «debole», a causa della limitazione del diritto fondamentale di circolazione, così che l'ordinamento può, in qualche misura, decidere di proteggerlo, ad es. assicurandogli il diritto allo studio, al lavoro, ecc.

Sembra, dunque, potersi dire che è sicuramente «debole» il soggetto che riceve un trattamento diverso in ordine ai diritti fondamentali (o al «nucleo essenziale» di questi). In questo caso si può parlare di «debolezza in senso stretto». Non necessariamente, invece, è «debole» il soggetto che riceve un trattamento diverso in ordine ai diritti non fondamentali: può esserlo, ma non necessariamente («debolezza in senso lato»).

Ricapitolando:

---

[36] In argomento, v. A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1995, 132-133, il quale però non si esprime in termini di diritti fondamentali o meno, ma definisce «equo» riconoscere il diritto nei soli casi «gravi» come quello del processo penale.

1) anche il trattamento in ordine ai diritti fondamentali può non essere uguale per tutti, ma solo in ragione di un bilanciamento con altri diritti fondamentali; tuttavia, ogni situazione di diversità in ordine ai diritti fondamentali dà luogo a una situazione di «debolezza», legittima, ragionevole, ma pur sempre «debolezza» (c.d. debolezza in senso stretto). Di questa diversità occorre valutare la «ragionevolezza»; il giudizio si riferisce solo alla ragionevolezza del bilanciamento tra valori fondamentali.

2) il trattamento in ordine ai diritti non fondamentali può non essere uniforme senza determinare situazioni di «debolezza». Non è, però, nemmeno escluso che il trattamento diverso determini situazioni di «debolezza»; dipende dalla «ragionevolezza» di tale «diversità». Se il trattamento diverso è ragionevole (es. azioni positive per imprenditoria femminile o giovanile), il soggetto discriminato non può dirsi «debole». La «debolezza» (c.d. debolezza in senso lato), in questa ipotesi, si può determinare solo se il trattamento differenziato è irragionevole. In questo caso molteplici sono i fattori da tener presente nel valutare la ragionevolezza o meno della discriminazione (es. volontarietà o meno della condizione, gravità o meno delle conseguenze, entità della misura discriminatoria, ecc.) e, di conseguenza, la condizione di «debolezza» o meno. Ad esempio, non è «debole» il non iscritto al sindacato, non è «debole» il soldato soggetto all'ordinamento militare, non è «debole» lo straniero che non ha il diritto di esprimersi nella propria lingua in ogni ufficio, ecc.

Certo, la distinzione tra diritti fondamentali e diritti non fondamentali non è sempre agevole.

Ad esempio, costituiscono diritti fondamentali tutte le manifestazioni del diritto fondamentale di libertà religiosa [37]? Il problema, com'è noto, si è posto concretamente, di recente, con riferimento all'esposizione dei simboli religiosi nelle aule delle scuole pubbliche [38].

Ove si ritenga che il diritto di esporre simboli non costituisca un diritto fondamentale, o che non attenga al «nucleo irriducibile» del diritto fondamentale di libertà religiosa, si può allora ammettere che, in ordine a tale diritto, possano darsi trattamenti diversi (purché ragionevoli) (ad esempio mediante la tutela privilegiata della religione «maggioritaria»), senza che la condizione dei soggetti discriminati possa dirsi di «debolezza».

Minore è lo spazio di discrezionalità del legislatore ove si ritenga che il diritto di esporre simboli religiosi attenga al «nucleo irriducibile» del diritto fondamentale di libertà religiosa. In questo caso, il diritto in questione po-

---

[37] A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, 2001.

[38] La discrezionalità del legislatore, com'è noto, non è stata intaccata, né in alcun modo indirizzata dalla Corte costituzionale che, investita della questione, ha pronunciato un'ordinanza di manifesta inammissibilità, cfr. ordinanza 13 dicembre 2004, n. 389.

trebbe essere limitato solo in ragione del bilanciamento (ragionevole) con altri valori fondamentali che risultassero prevalenti (lo stesso art. 19 Cost., ad esempio, prevede che la libertà di professare la propria fede incontri il limite del buon costume; ma si potrebbe trattare anche di altri valori costituzionali, come il buon andamento dell'amministrazione, la tutela della salute, ecc.), in ogni caso determinando la condizione di «debolezza» del soggetto discriminato.

Risultano dunque evidenti la difficoltà di definire un diritto come fondamentale o meno, e il margine di soggettività insito in tale giudizio; nondimeno, la distinzione risulta utile, ai fini dell'individuazione del margine di discrezionalità del legislatore nell'operare trattamenti diversi.

Questa ricostruzione, a ben vedere, richiama da vicino quella che, nel sistema statunitense, ha portato all'individuazione dei c.d. *preferred rights*. A partire dalla *footnote 4* della sentenza *Carolene*, del 1938, la Corte Suprema ha ritenuto che la «presunzione di costituzionalità», nel caso in cui vengano in considerazione i *preferred rights*, debba cedere a un sindacato rigoroso e penetrante (*strict scrutiny*) da parte della Corte, specialmente in relazione a leggi che riguardano minoranze, religiose o etniche, al fine di evitare, in particolare, che a queste sia preclusa la partecipazione al processo democratico.

La limitazione dei diritti fondamentali, in base a questa giurisprudenza, può essere compatibile con il principio costituzionale di eguaglianza solo a condizione che si giustifichi sulla base di motivi stringenti, espressamente previsti e consentiti dalla stessa Costituzione [39].

Del pari, dunque, nel nostro ordinamento, si può affermare che, in ordine ai diritti fondamentali, la discrezionalità del legislatore è ridotta (essendone ammessa la limitazione solo in ragione del bilanciamento «ragionevole» con altri diritti fondamentali) rispetto al caso in cui si tratti di diritti non fondamentali (di cui è ammessa la limitazione «ragionevole»; ma «ragionevole» non è solo quella derivante da un bilanciamento con diritti costituzionali); parallelamente, il sindacato della Corte costituzionale sulle leggi deve essere più severo (*strict scrutiny*) nel valutare la ragionevolezza della limitazione ad un diritto fondamentale che non nel valutare gli altri diritti.

Impostare la questione della «debolezza» in termini di diritti, può valere, più in generale, a impostare correttamente il tema della minoranze.

Una minoranza, in quanto tale, non costituisce una categoria «debole». La prevalenza dei «più» sui «meno», infatti, in certa misura, altro non è che una normale espressione del principio democratico, di cui la regola maggioritaria, pur con i difetti che la dottrina non ha mancato di evidenziare, costituisce uno

---

[39] Cfr. R. TARCHI (a cura di), *Corso di diritto comparato. Casi e materiali*, Milano, 1999, 90, 263; P. BIANCHI, *La giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, in J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. I, Torino, 2000, 16.

dei meccanismi più diffusi di attuazione [40]. La considerazione di tali difetti, peraltro, ha indotto alla ricerca dell'individuazione di limiti alla regola maggioritaria. Questi limiti non possono che essere costituiti dai diritti fondamentali; i diritti fondamentali, dunque, costituiscono anche, in qualche modo, il correttivo al principio di maggioranza.

La garanzia dei diritti fondamentali di libertà, dunque, oggi «rappresenta una base sulla quale si inserisce la tutela specificamente propria degli appartenenti alle minoranze in quanto tali»; semmai, almeno nei casi in cui questa tutela specifica ha maggiore sviluppo, si propone il problema, nuovo, di «stabilire in qual misura i provvedimenti di tutela specifica degli appartenenti alle minoranze possano legittimamente introdurre deroghe nei confronti della generale tutela dei diritti di libertà che sono riconosciuti agli individui indipendentemente dalla loro appartenenza o non appartenenza a gruppi sociali, maggioritari o minoritari che siano» [41].

Tradotte in termini di «debolezza», siffatte considerazioni confermano l'idea per cui le minoranze non sono, in quanto tali, «deboli»; possono dirsi tali solo se e in quanto sacrificate nei diritti fondamentali (o, irragionevolmente, in qualche diritto non fondamentale).

## 4. *Il (possibile) contenuto della tutela dei soggetti «deboli» (in astratto)*

L'evoluzione del concetto di eguaglianza reca con sé, ovviamente, un mutamento non solo nella definizione di «debolezza» e nell'identificazione dei soggetti «deboli», ma anche nelle forme e nel contenuto della tutela.

I due commi dell'art. 3 Cost., forniscono due risposte diverse in ordine al tipo di tutela da assicurare ai soggetti «deboli»: il 1° comma esprime la prima (storicamente e non solo) forma di tutela, la non discriminazione, da realizzarsi tramite l'estensione ad essi delle garanzie di tutti gli altri; il 2° comma ha affiancato questa prima forma di tutela, oggi non sempre sufficiente, con forme di tutela che si realizzano tramite la predisposizione di una disciplina particolare [42].

---

[40] Gli argomenti a favore di un sistema politico basato sul governo della maggioranza e i pericoli in esso insiti sono analizzati da J. ELSTER, *Il governo della maggioranza e i diritti individuali*, in S. SHUTE-S. HURLEY (a cura di), *I diritti umani*, Milano, 1994, 188 ss. Cfr. anche S. CASSESE, *Maggioranza e minoranza. Il problema della democrazia in Italia*, Milano, 1995, spec. 36 ss.; A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit.

[41] A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., spec. 140 ss.

[42] «La tutela dei soggetti deboli può realizzarsi attraverso l'attribuzione nei loro confronti di un particolare status oppure negandolo, per farli partecipare alle stesse garanzie giuridiche degli

Mentre la soluzione per assicurare tutela ai soggetti «deboli» in linea con l'eguaglianza formale non presenta particolari difficoltà, trattandosi di estendere nei loro confronti i diritti e gli obblighi generalmente attribuiti a tutti, occorre invece indagare su quali siano in concreto le forme di tutela che possono fondarsi sull'eguaglianza sostanziale.

La tutela, infatti, in questo caso non ha un contenuto predefinito: quali forme può assumere per garantire al meglio i soggetti «deboli»?

La risposta non può non tener conto dell'evoluzione del concetto di eguaglianza di cui si è detto, nel senso di un legame sempre più stretto con i diritti.

L'eguaglianza sostanziale, su cui si basa lo stato sociale, come si è detto, oggi non può più, come invece si ipotizzava un tempo, essere assicurata con la sola previsione di un sistema di benefici economici; oggi la questione non si pone più in termini puramente economici, di redistribuzione, ma si pone in termini di «diffusione di opportunità», di effettivo esercizio dei diritti [43]. In altri termini, in sintesi, «La conciliazione degli ideali apparentemente in conflitto di eguaglianza e di libertà» è «una conseguenza dello spostamento di attenzione dall'eguaglianza dei risultati a quella delle opportunità» [44].

Come possono essere assicurate la diffusione delle opportunità, la promozione, l'effettivo esercizio dei diritti?

Nell'ampio «orizzonte operativo» [45] del 2° comma, dell'art. 3, vale a dire nell'in(de)finita gamma di soluzioni che possono fondarsi su tale norma, sembra che si possano individuare due tipi principali di tutela: quella offerta dai diritti sociali e quella offerta dalle azioni positive.

I diritti sociali sono idonei a soddisfare prevalentemente «debolezze» individuali, mentre le azioni positive «debolezze» collettive.

Il riconoscimento di diritti sociali opera, infatti, come predisposizione di una tutela in via generale, di cui il soggetto, non (necessariamente, attualmente) appartenente a una categoria di soggetti «deboli» (dunque non beneficiante di una tutela di tipo collettivo quale quella predisposta con le azioni positive a favore di categorie *a priori* considerate «deboli» dal legislatore), se e quando si troverà in una posizione di «debolezza» potrà beneficiare.

---

altri consociati. In entrambi i casi viene in gioco una questione di eguaglianza: ma la prima alternativa è in linea con l'eguaglianza sostanziale; la seconda con l'eguaglianza formale», M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., 51.

[43] Il modello attuale di stato sociale è dunque diverso dal modello di *welfare* disegnato da Lord *Beveridge* nei suoi due rapporti del 1942 e 1944, basato su sussidi di tipo economico: assegni familiari, sussidi di disoccupazione, malattia, infortuni, pensioni di anzianità e di invalidità. Non solo i diritti sociali, invero, ma anche i diritti di libertà costano, cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000. Sul punto, si vedano le riflessioni di C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 9 ss.

[44] I. CARTER, *Introduzione*, in I. CARTER (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, cit., 19 ss.

[45] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 65.

Le azioni positive, invece, sono «misure preferenziali a struttura collettiva, nel senso che i destinatari … sono individui (in quanto) appartenenti a gruppi o categorie collettive». «Gli interessi che si annodano al meccanismo complesso delle azioni positive sono interessi a realizzazione individuale, ma a giustificazione collettiva, essendo i singoli individui coinvolti e destinatari di tali misure "positive" in relazione alla circostanza che essi sono parte di esperienze e condizioni collettive» [46].

Sembra, dunque, potersi dire che se «L'eguaglianza sostanziale attraverso misure "positive" e preferenziali è un'eguaglianza che guarda inevitabilmente all'elemento collettivo» [47], l'eguaglianza sostanziale attraverso i diritti sociali guarda prevalentemente all'elemento individuale.

Quanto allo specifico contenuto della tutela, è arduo descriverlo in via generale.

Molteplici sono, infatti, i meccanismi riconducibili al modello delle azioni positive; accomunati dal fatto di essere tutti volti a intervenire in senso derogatorio sulle regole normali della competizione (sia che si tratti dell'accesso a un posto di lavoro, a una carica elettiva, di assegnazione di una provvidenza, ecc.) [48].

Può essere utilizzato il meccanismo, «rigido» o «forte», della riserva di «quote» in favore dei soggetti ritenuti «deboli», o come la «proporzionale etnica» [49], così come meccanismi più «flessibili», nei quali la dimensione anti-individualistica e antimeritocratica delle misure positive risulti più attenuata.

Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, con riferimento alle selezioni di accesso all'Università, mentre l'esplicita previsione di

---

[46] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 111, 116. Proprio basandosi su queste considerazioni si vanno affermando nuove tecniche procedurali di tutela, non più basate sul (solo) ricorso individuale, ma sul ricorso delle varie associazioni o organizzazioni di categoria, ritenute, da un lato, in grado di rappresentare la realtà sociale meglio di quanto possa fare il singolo, dall'altro, in grado di estendere i risultati ottenuti dalla sfera giuridica del singolo, a beneficio dell'intera categoria, es. la direttiva n, 78/2000/CEE impone agli Stati membri la predisposizione di tecniche di tutela di questo tipo, a livello giurisdizionale e amministrativo, v. *amplius infra*, par. 6; cfr. Z. APOSTOLOPOULOU, *Equal Treatment of People with Disabilities in the EC: What does «Equal» means?*, Jean Monnet Working Paper, 09/04.

[47] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 230.

[48] In senso critico nei confronti di queste misure, in quanto, «*octoyer la satisfaction d'un statut particulier à un groupe, c'est en fabriquer mille. Loin d'intégrer, la discrimination positive fait éclater la société*», A.G. SLAMA, *Contre la discrimination positive. La liberté insupportable*, in *Pouvoirs*, n. 111, 2004, 133 ss.

[49] In base alla c.d. proporzionale etnica, adottata dallo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, i ruoli dei pubblici uffici sono suddivisi fra i cittadini del gruppo italiano, tedesco e ladino, «in rapporto alla consistenza dei gruppi stessi quale risulta dalle dichiarazioni di appartenenza rese nel censimento ufficiale della popolazione», cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 577.

una quota a favore dei membri di alcuni gruppi razziali sarebbe illegittima, non sarebbe tale un giudizio delle commissioni di ammissione che prendesse in considerazione in modo puntuale e individuale le caratteristiche razziali del candidato, in quanto elemento capace di contribuire alla «diversità» della popolazione studentesca; «diversità» che costituirebbe un «*compelling state interest*»[50].

Questa idea di *affirmative action* «flessibile», basata sull'intento di smorzare la dimensione anti-individualista e antimeritocratica delle misure positive, pare, invero, di assai difficile realizzazione pratica; è infatti condivisibile il sospetto che, anche in quest'ultimo caso, le Università, pur senza renderlo manifesto, definiscano *a priori* le condizioni per favorire l'accesso degli appartenenti ad alcune minoranze. Per di più, i due metodi, a ben vedere, non sono nella sostanza così diversi, anzi, non lo sono affatto se riguardati dal punto di vista dell'individuo e dei suoi diritti[51].

Nell'ambito delle azioni positive si usa operare una distinzione tra quelle «forti» o «di risultato» (come la «quote») e quelle «deboli», miranti a garantire l'eguaglianza dei «punti di partenza». Le prime possono risultare più difficilmente compatibili con il disegno costituzionale[52]; quella delle azioni positive (specie se «forti») è, in altri termini, una costituzionalità che cammina «sul filo del rasoio»[53], il cui limite non può che identificarsi con la «ragionevolezza»[54].

---

[50] *Regents of the University of California* v. *Bakke*, 438 US 265 (1978).

[51] R. DWORKIN, *A matter* of *Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985, 311. Nonostante le perplessità suscitate, due decisioni del 2003 hanno confermato tale giurisprudenza. Il programma di *affirmative action* mediante l'ammissione di studenti appartenenti a minoranze, predisposto in generale, senza specificazione dei dettagli, è stato, infatti, ritenuto legittimo (*Grutter v. Bollinger* n. 02-241 (2003)); mentre illegittima è stata ritenuta, pur in assenza di quote prefissate, per mancanza di flessibilità, la sistematica attribuzione, nei giudizi di selezione, di un identico punteggio a tutti i membri di minoranze etnico-razziali (*Gratz v. Bollinger* n. 02-516 (2003)).

Questa giurisprudenza è ripercorsa analiticamente da D. SABBAGH, *La tentation de l'opacité: le juge américain et l'affirmative action dans l'enseignement supérieur*, in *Pouvoirs*, n. 111, 2004, 5 ss. Sulle *affirmative actions* nell'esperienza americana cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., spec. cap. II.

[52] M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in R. BIN-C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 77. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 287, al contrario, non le esclude: «l'attività di «rimozione degli ostacoli» può legittimamente assumere tra le sue finalità immediate il conseguimento di un risultato o di un'utilità, senza che questo rappresenti una contraddizione logica o giuridica con la traduzione normativa del principio di eguaglianza in senso sostanziale, ovvero una eccessiva ed intollerabile violazione dei diritti alla parità di trattamento dei soggetti non preferiti».

[53] U. ROMAGNOLI, *L'uguaglianza delle opportunità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1989, 958.

[54] M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost*., 1999, 359 ss., individua cinque requisiti, ossia cinque condizioni di ammissibilità costituzionale delle azioni positive: oltre

Al pari delle azioni positive, molteplici sono le forme che possono assumere i diritti sociali, talora richiedendo un intervento positivo dei pubblici poteri, talaltra prescindendone; talora idonei a essere direttamente azionati in giudizio, talaltra valendo essenzialmente come obiettivi per il legislatore, … [55].

Le azioni positive, in genere, consistono in misure normalmente temporanee [56]; i diritti sociali, all'opposto, sono tendenzialmente attribuiti in via permanente.

A queste due forme di tutela si aggiunge poi, ovviamente, quella che può essere fornita mediante trattamenti «speciali», «particolari», «derogatori» a determinati soggetti o categorie di soggetti.

Il contenuto di questi trattamenti può essere vario (ad esempio la deroga al riposo settimanale per alcune religioni, la protezione delle minoranze linguistiche, …). In ogni caso, anche al fine di agevolare l'eventuale controllo sulla ragionevolezza da parte delle Corte costituzionale, le deroghe o i trattamenti particolari o speciali dovrebbero essere giustificati in maniera puntuale dal legislatore [57]. Né l'idea che si possa richiedere al legislatore di motivare le proprie scelte appare oggi insostenibile, dal momento che una tendenza in tal senso risulta da vari indizi, ciò che del resto riflette la crisi dell'idea della centralità della legge nei moderni sistemi democratici [58].

---

alla «ragionevolezza» e alla «transitorietà», l'«irretroattività», la «giustificazione», la «gradualità».

[55] Tra i molti in argomento, si veda il recente studio di E. DICIOTTO, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *Quad. cost*., 2004, 733 ss.

[56] Sulla temporaneità delle azioni positive, in quanto «eccezioni» alla «regola» dell'eguaglianza formale cfr. M. AINIS, *Azioni positive e principio d'uguaglianza*, in *Giur. cost*., 1992, I, 582 ss.; ID., *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost*., 1993, 891 ss. Si vedano, peraltro, le precisazioni di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 300 ss., il quale osserva che «si tratta di una provvisorietà difficilmente delimitabile in modo netto, in termini cioè di anni, di periodi temporali di vigenza delle norme contenenti azioni positive; o comunque, anche qualora ci fossero indicazioni temporali nette, il dovere di rimuovere gli ostacoli al raggiungimento di una condizione effettiva di eguaglianza e pari dignità sociale verrebbe meno solo con il raggiungimento degli obiettivi». Inoltre, in alcuni casi «non ha proprio senso parlare di temporaneità delle misure positive», si pensi a quelle categorie «per le quali la tutela "promozionale", "positiva", esprime una funzione "conservativa" di quel gruppo, della sua identità specifica, ovvero si pone in termini quasi interamente sostitutivi delle *chances* di emancipazione personale dei soggetti appartenenti al gruppo medesimo: rispettivamente, le minoranza linguistiche e i portatori di *handicap*».

[57] V. Corte cost., sent. n. 141/1999, che ha censurato una legge di sanatoria per mancanza di giustificazione sull'interesse pubblico alla base della scelta legislativa.

[58] Cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 305 ss.; il «mito» dell'inopponibilità al legislatore di un obbligo di motivare le proprie scelte deve oggi essere rivisto, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria, v. sentt. *Francovich*, *Brasserie du pêcheur*, su cui v. L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998. Il «mito» dell'esenzione del legislatore dall'obbligo di motivazione risulta oggi ancor più incrinato, a livello europeo, dalla nuova Costituzione europea, che, all'art. I-38. 2 stabilisce che «Gli atti

## 5. *Verifica del concetto di «debolezza» alla luce del diritto oggettivo*

### 5.1. *Ruolo del legislatore e del giudice, in teoria*

La definizione di «debolezza» che si è venuta sin qui costruendo necessita ora di conferme e approfondimenti; è necessario confrontarla con le risultanze della legislazione e della giurisprudenza; al metodo induttivo, cioè, come anticipato, deve coniugarsi il metodo deduttivo.

Occorre dunque preliminarmente chiarire qual è, quale può o deve essere il ruolo rispettivo di legislatore e giudici, in teoria.

Il ruolo del legislatore è centrale perché, per definizione, politico. Poiché, nel definire la nozione di «debolezza», si è giunti alla conclusione che uno dei tre elementi che la compongono è la scelta politica, risulta che, per un terzo, la nozione di «debolezza» è rimessa al legislatore.

Ma quale legislatore? Innanzitutto il legislatore costituzionale: le scelte più importanti sono compiute direttamente dalla Costituzione.

Dalla Costituzione discende già una certa tutela per determinati soggetti [59]. Questo apre una sorta di competizione tra giudice e legislatore. Da un lato, sembrerebbe naturale che le norme costituzionali di difesa dei «deboli» venissero sviluppate e attuate dal legislatore; dall'altro pare indubbio che, nel caso in cui il legislatore non intervenisse (o non intervenisse adeguatamente), la tutela dovrebbe essere comunque assicurata, e a farlo non potrebbe essere altro che il giudice.

Un ruolo di particolare rilievo sarebbe così svolto dal giudice costituzionale che, tramite la varia tipologia di pronunce di cui si è nel tempo fornito [60], potrebbe in qualche misura anche integrare la norma costituzionale, favorendone la concreta applicazione [61].

Ma, nella misura in cui il legislatore interviene, pur laddove la mediazione legislativa non fosse strettamente necessaria, in quanto lo svolgimento del con-

---

giuridici sono motivati …», v. L. AZZENA, *Le fonti primarie*, in E. CATELANI-E. ROSSI (a cura di), *Le nuove fonti comunitarie*, Padova, 2005.

In argomento v. anche N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Torino, 2001, 72 e 73; P. CARETTI, *Motivazione*, *I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur*., XX, Roma, 1990.

[59] M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., 33 ss. puntualizza l'efficacia normativa delle norme costituzionali.

[60] AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

[61] A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 57 ss., spec. 66, valorizza il ruolo che la Corte «è di fatto venuta ad assumere …: quello di concorrere (seppur indirettamente) all'attuazione ("attiva") della Costituzione».

tenuto minimo essenziale della disposizione costituzionale potrebbe avvenire in via interpretativa ad opera del giudice [62], il compito della Corte costituzionale, più che quello di integrare, favorire l'applicazione del principio costituzionale, diviene quello di verificare ragionevolezza e proporzionalità delle scelte legislative.

Anche il ruolo dei giudici comuni muta a seconda che vi sia o meno l'intervento legislativo.

Se il legislatore ordinario non interviene, specie in presenza di pronunce costituzionali di principio, i giudici comuni sono chiamati a integrare le norme di tutela consentendone l'applicazione al caso concreto. Si tratta di un compito in qualche misura «creativo», dal momento che in questo modo il giudice comune è, in definitiva, chiamato a integrare la tutela costituzionale.

Invece, in presenza di una legge, il compito dei giudici comuni è quello di applicare la legge stessa, al contempo però vegliando sulla sua ragionevolezza, se del caso sottoponendo il proprio dubbio di costituzionalità alla Corte costituzionale.

Questo modello teorico necessita di confrontarsi con la realtà dell'esperienza (ciò che si farà nei paragrafi seguenti).

La questione è poi complicata dal fatto che il nostro ordinamento, oggi, si trova inserito in un ordinamento «multilivello», per cui la definizione degli ambiti rispettivi del legislatore costituzionale e del legislatore ordinario non è sufficiente a completare il quadro, occorrendo tener conto anche dell'ambito di competenza del legislatore regionale, per un verso, e del legislatore sovranazionale, per altro verso. Poiché, come si è visto, il concetto di «debolezza» può variare al variare degli ordinamenti giuridici, non è escluso che il concetto vari da ordinamento statale a ordinamento regionale o da ordinamento statale a ordinamento sovranazionale.

La predisposizione a livello sovranazionale di un sistema giurisdizionale impone, inoltre, di tener conto dei rapporti che si possono venire a instaurare tra giudici dei diversi livelli ordinamentali. Il sistema giurisdizionale comunitario, infatti, si fonda proprio sulla collaborazione tra Corte di giustizia e giudici nazionali; questi ultimi, quando si tratta di applicare il diritto comunitario, assumono la veste di «giudici comunitari». Più complesso, e in via di definizione, è il rapporto che si può instaurare tra Corte di giustizia e Corte costituzionale; rapporto che diviene cruciale quando si tratta di assicurare tutela ai diritti fondamentali; proprio per questo particolarmente interessante dal punto di vista dei soggetti «deboli» (v. *infra*, par. 6.3).

---

[62] Come rileva A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti*, cit., 89.

## 5.2. *Il «riconoscimento» dei soggetti «deboli» da parte della Costituzione*

La nozione di «debolezza» elaborata fin qui in linea teorica necessita ora, dunque, di confrontarsi con il diritto oggettivo, per trovarvi riscontro e approfondimento.

L'impegno di ancorare la nozione teorica a fondamenti giuridici positivi non può che muovere dall'esame del testo costituzionale.

Poiché, è appena il caso di osservare, la Costituzione non offre una definizione (esplicita) di soggetto «debole», occorre partire dalla definizione che qui si è data: «debole» è chi, rispetto a tutti gli altri o rispetto ad un determinato *standard*, ha meno diritti.

Soggetto «debole» per la Costituzione è, dunque, quello a cui essa offre una particolare tutela, differenziata, presupponendo che questi abbia meno diritti (degli altri).

Si trae, cioè, come detto, dalla Costituzione un concetto di soggetto «debole» in via deduttiva: poiché a un soggetto è offerta una particolare tutela, se ne deduce che questo soggetto è «debole».

Quali sono i soggetti a cui la Costituzione offre una particolare tutela?

La Costituzione opera in due direzioni:

a) in norme specifiche, offre direttamente una particolare tutela ad alcune categorie, che dunque sottintende essere categorie «deboli». L'elenco è lungo e comprende, senza nemmeno la pretesa di esaustività:

– le minoranze linguistiche (art. 6: «La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche»);

– gli stranieri (art. 10);

– i detenuti e le «persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» (gli artt. 13 e 27 si preoccupano che la pena non si traduca in forme di «violenza fisica e morale» o comunque in «trattamenti contrari al sensi di umanità»);

– i non abbienti (art. 24, 2° comma: «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione»);

– i figli e, specialmente, i figli nati fuori del matrimonio (art. 30, 1° comma «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»; art. 30, 3° comma «La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i membri della famiglia legittima»);

– la famiglia, specialmente le famiglie numerose (art. 31, 1° comma «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose»);

– la maternità, l'infanzia e la gioventù (art. 31, 2° comma: La Repubblica

… «Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»);

– i malati indigenti (art. 32, 1° comma: «La Repubblica … garantisce cure gratuite agli indigenti»);

– gli studenti capaci e meritevoli (art. 34, 3°-4° comma: «I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso»);

– i lavoratori (artt. 4; 35; 36; 38, 2° comma: «I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria»);

– la donna lavoratrice e il bambino (art. 37, 1° comma: «… Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»);

– i minori lavoratori (art. 37, 3° comma: «La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione»);

– i poveri (art. 38, 1° comma: «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale»);

– i militari, sotto il profilo specifico della garanzie democratiche nell'ambito di un ordinamento ispirato ad una forte gerarchia (art. 52);

– le persone accusate di un reato (art. 101).

b) tramite il 2° comma dell'art. 3 (eguaglianza sostanziale), la Costituzione assicura una tutela ai soggetti «deboli» in via generale.

Il 1° comma dell'art. 3 individua alcune categorie potenzialmente «deboli», *rectius* alcuni fattori di individuazione di categorie (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali), impedendo che queste siano discriminate con trattamenti diversi.

Il 2° comma, da un lato, tempera il rigore del primo, consentendo e, anzi, imponendo trattamenti diversi alle categorie previste dal 1° comma quando ciò sia «ragionevole», quando, cioè, l'eguaglianza non possa essere perseguita con trattamenti eguali; dall'altro, apre la strada all'individuazione di nuove categorie di soggetti «deboli» non individuabili sulla base dei criteri di cui al 1° comma né previste da altre norme specifiche della Costituzione.

A lungo si è discusso di quali siano le categorie di soggetti cui si riferisce il 2° comma dell'art. 3; l'interpretazione originaria della norma in senso essenzialmente «classista» [63], a poco a poco, si è evoluta nel senso di una progressiva

[63] Per lungo tempo si è ritenuto che il soggetto cui la norma in via privilegiata si riferisce

estensione del suo ambito di applicazione, rendendo evidente il carattere di «mutevolezza» della norma, più di altre permeabile alle trasformazioni che intervengono nella società e alle sensibilità dell'interprete.

All'identificazione delle categorie di soggetti cui si riferisce il 2° comma dell'art. 3 può forse essere utile la definizione che si è andata qui costruendo di «debolezza»: il riferimento, come parametro dell'eguaglianza, al patrimonio di diritti (fondamentali) del soggetto o della categoria fornisce un riferimento giuridico all'individuazione dei soggetti interessati dall'ambito di applicazione di tale norma, mentre il riferimento al dato extragiuridico vale ad adeguare al momento storico e all'evoluzione della società l'individuazione di tali soggetti.

Il 2° comma dell'art. 3 è, dunque, come riconosciuto dalla dottrina, norma «inesauribilmente» aperta sotto il profilo delle «debolezze» [64].

Le infinite, inesauribili potenzialità offerte dalla norma devono, però, essere concretizzate. Come si è detto, a tale compito sono chiamati il legislatore e i giudici.

Il 2° comma dell'art. 3 costituisce una «norma a fattispecie aperta» non solo sotto il profilo delle «debolezze», ma anche sotto il profilo del contenuto della tutela.

La norma non offre indicazioni al riguardo; solo in qualche caso le disposizioni particolari della Costituzione indicano il contenuto della tutela che intendono assicurare (v., ad esempio, la previsione di borse di studio e assegni alle famiglie, da attribuirsi mediante concorso, agli studenti capaci e meritevoli privi di mezzi, art. 34, 4).

Dalla Costituzione risulta, dunque, affidata (essenzialmente) al legislatore e (in qualche misura) alla giurisprudenza la definizione delle modalità attraverso cui si attua la tutela dei soggetti «deboli».

### 5.3. *La tutela dei soggetti «deboli» nella legislazione statale e regionale*

Nell'esperienza dell'ordinamento italiano, il legislatore ha mostrato la tendenza a intervenire in attuazione dei principi costituzionali, anche laddove a stretto rigore non vi sarebbe stato tenuto, vale a dire in relazione a quelle disposizioni costituzionali dotate di un grado di specificazione della tutela tale da consentirne l'applicazione e lo svolgimento direttamente al giudice. Invero, con riferimento a quelle disposizioni costituzionali che riconoscono ai soggetti

---

fosse il lavoratore, sia pur con un concetto da taluni ristretto al solo lavoratore dipendente, da altri esteso a tutti i lavoratori.

[64] B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 28.

«deboli» il diritto di accedere ad alcuni beni essenziali, l'intervento del legislatore è da ritenersi non possibile, ma doveroso [65].

La legislazione in tema di soggetti «deboli» riflette le caratteristiche che, come si è visto, il concetto di eguaglianza è andato assumendo: da un lato, il legame sempre più stretto con il concetto di libertà, che ha determinato lo spostamento dell'attenzione dall'eguaglianza di risultati all'eguaglianza delle opportunità; dall'altro la «frammentazione» del concetto di eguaglianza.

A queste due tendenze ha, infatti, fatto riscontro, da un lato, l'adozione di una serie di leggi prevedenti azioni positive, dall'altro, una molteplicità di leggi contenenti discipline «speciali» o «particolari».

Oltre alle azioni positive, tra le quali «vanno comprese quelle misure che, in vario modo, il legislatore ha adottato per promuovere il raggiungimento di una situazione di pari opportunità fra i sessi» (Corte cost., sent. n. 422/1995) [66], infatti, il legislatore ha adottato varie forme di «protezione speciale» [67] o leggi di «deroga» [68].

Queste forme particolari, «mirate» di tutela, vanno ad aggiungersi a quelle, più generali, che il legislatore ha predisposto per il soggetto (che eventualmente, in concreto si trovi a essere) «debole», attraverso l'attribuzione di diritti sociali.

Negli ultimi anni si è realizzata una tale proliferazione di leggi riguardanti i soggetti «deboli», da far parlare di un «abbraccio soffocante da parte del diritto», di «un'invadenza che fruga in ogni angolo della loro vita privata ed associata» [69].

La conseguenza di questo «abbraccio soffocante» è che oggi è divenuto, almeno in alcuni settori, sempre più difficile rintracciare una «legge» uniforme per tutti: la legislazione si frammenta e, in mancanza di una disciplina generale di riferimento, diventa sempre più difficile poter applicare il principio di eguaglianza.

La «frammentazione» del principio di eguaglianza si determina, oltre che come conseguenza della predisposizione di una tale moltitudine di normative speciali o particolari che rende difficili l'individuazione e la ricostruzione di

---

[65] A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti*, cit., 90-91.

[66] Es.: legge 10 aprile 1991, n. 125, *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, modif. da d.lgs. n. 196/2000; legge 25 febbraio 1992, n. 215, *Azioni positive per l'imprenditoria femminile*; legge n. 285/1997 sulla promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza.

[67] Es.: legge n. 482/1999 norme in materia di minoranze linguistiche storiche.

[68] Es.: legge n. 8 marzo 1989, n. 101 (artt. 4 e 5): deroga alle norme generali sul riposo settimanale e sulle festività in genere per rendere possibile agli appartenenti alla confessione ebraica il rispetto delle regole stabilite dalla loro religione sul riposo.

[69] M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., 52.

una disciplina generale, altresì come conseguenza della nuova ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni operata dalla legge cost. n. 3/2001.

Prima della riforma del Titolo V, Parte II, Cost., l'assetto delle competenze non consentiva una ripartizione degli interventi normativi basati sul art. 3, 2° comma, Cost. tra Stato e Regioni. Significativamente, la Corte costituzionale, nel riconoscere la legittimità costituzionale delle azioni positive per l'imprenditoria femminile previste dalla legge statale, nonostante l'indubbia interferenza che tale normativa esercitava sulla sfera di competenza riservata alle regioni, motivava con la considerazione che il principio di eguaglianza sostanziale non ammette «difformità o deroghe in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del paese» (sent. n. 109/1993).

La riforma, com'è noto, ha mutato gli ambiti di competenza rispettivi del legislatore statale e di quello regionale. Si tratta quindi di comprendere se oggi l'affermazione della Corte costituzionale mantenga la sua validità o se debba essere rivista [70].

L'art. 117, 2° comma, lett. *m*) attribuisce alla competenza statale esclusiva la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; sembra potersi argomentare *a contrario* che la competenza, per quanto non sia «essenziale», spetti alle Regioni.

Oggi, dunque, difformità in relazione alle diverse aree geografiche e politiche del territorio nazionale possono ben darsi, tranne che per i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» [71].

Entro questo ambito, la legge regionale, dunque, può operare una propria scelta politica in ordine alla protezione dei diritti, compresa l'individuazione delle categorie di soggetti meritevoli di protezione in quanto «deboli».

La Regione Toscana, ad esempio, come si è visto (*supra*, par. 2.3), ha di recente adottato una legge, recante «Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere» (legge regionale 15 novembre 2004, n. 63) [72]: «In attuazione dell'art. 3 Cost.» (art. 1.1 legge cit.),

---

[70] In questo secondo senso A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 298 ss.

[71] In tal senso R. ROMBOLI, *Premessa. Le modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, 190; A. RUGGERI, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, in *Dir. e società*, 2001, 200 ss.; R. BIFULCO, *Federalismo e diritti*, in T. GROPPI-M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Torino, 2001, 122 ss. *Contra*: G.U. RESCIGNO, *La riforma da riformare*, in *La rivista del manifesto*, aprile 2001, 17, secondo cui la disposizione garantirebbe «l'eguaglianza dei cittadini solo nel minimo» e sarebbe, pertanto, «una previsione gravissima e intollerabile, contro qualsiasi principio civile»; si veda la ferma critica di M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, in T. GROPPI-M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, cit., 98, nota 35.

[72] La legge è attualmente *sub iudice*, essendo stata impugnata dal Governo presso la Corte costituzionale.

la Regione Toscana «promuove il superamento delle situazioni di discriminazione» che possono determinarsi in ragione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. La tutela, dunque, non si limita al divieto di discriminazione, ma si realizza anche attraverso la promozione di politiche, specie nell'ambito sanitario e nell'ambito del lavoro[73].

Ne risulta, com'è evidente, un'ulteriore frammentazione della legislazione (nonché del principio di eguaglianza).

### 5.4. *La «debolezza» nella giurisprudenza costituzionale*

Il «riconoscimento» dei soggetti «deboli», comportando, come si è detto, una scelta di tipo politico, dovrebbe correttamente avvenire in sede legislativa, prima del momento giurisdizionale, che è pur sempre un momento patologico. D'altra parte, dal momento che è la stessa Costituzione che predispone una certa tutela, la Corte costituzionale può essere chiamata, in qualche misura, in causa nell'individuazione delle condizioni di «debolezza» e nella concretizzazione della loro tutela.

La misura (qualitativa e quantitativa) dell'intervento della Corte, come si è visto, in linea teorica, è variabile, a seconda che l'intervento del legislatore ordinario vi sia o meno. In quest'ultimo caso la Corte, chiamata a consentire il più possibile la tutela costituzionale delle situazioni di «debolezza», eventualmente integrando la stessa norma costituzionale, potrebbe, almeno in teoria, entro certi limiti, assumere un ruolo di «supplenza» nei confronti del legislatore inadempiente. Al contrario, in presenza di un intervento legislativo attuativo, lo spazio «creativo» della giurisprudenza costituzionale dovrebbe ridursi, in ossequio alla scelta politica discrezionale.

Questo schema non ha trovato però riscontro nella giurisprudenza costituzionale; la nostra Corte, infatti, assumendo un atteggiamento di massimo rispetto nei confronti del legislatore, ha rifiutato, in linea di massima, di assumere un ruolo «attivo» in caso di omissioni del legislatore, ma si è tendenzialmente limitata ad un controllo sulla ragionevolezza delle scelte da questi effettuate[74].

---

[73] Ai sensi dell'art. 2.3 «I transessuali e i "transgender" sono destinatari di specifiche politiche regionali del lavoro, quali soggetti esposti al rischio di esclusione sociale …».

[74] Ciò non significa che il ruolo della Corte costituzionale non sia stato centrale per la costruzione dello stato sociale. Alla Corte va, indubbiamente, riconosciuto il merito di aver saputo essere «mediatrice e moderatrice di conflitti sociali», oltre che garante e custode di valori costituzionali, assumendo, ove necessario, un ruolo attivo, finanche creativo, certo non facilitato dalle norme processuali, pensate in origine per un diverso tipo di ruolo. Cfr. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

È però interessante osservare come, in relazione ai diritti fondamentali, o meglio al «nucleo incomprimibile» di questi, il sindacato della Corte sia stato particolarmente rigoroso; laddove si sia trattato di garantire tali diritti, la Corte non ha esitato a contrastare le scelte del legislatore.

### 5.4.1. *L'interpretazione del principio di eguaglianza e il rispetto per la scelta politica del legislatore*

Alla base delle scelte (relative all'*an*, al *quando*, al *quomodo* dell'intervento) della Corte costituzionale sta l'interpretazione che si è venuta affermando negli anni del principio di eguaglianza [75]; dato il nesso inscindibile, di cui si è detto, tra eguaglianza e concetto di «debolezza», la giurisprudenza costituzionale in tema di soggetti «deboli» ruota, ovviamente, intorno al principio di eguaglianza.

La giurisprudenza costituzionale si è andata orientando a favore di una lettura «integrata» del 1° e 2° comma, dell'art. 3; di una lettura, cioè, che consente il riferimento al 2° comma in funzione del temperamento del rigore del primo. Questa strada è segnata dal ripudio della tesi per cui ogni discriminazione fondata sui criteri di cui al 1° comma, dell'art. 3 avrebbe comportato l'incostituzionalità della legge per violazione del principio di eguaglianza [76].

L'apparente antinomia tra i due commi dell'art. 3 Cost. vale, in realtà, a sanare l'insufficienza del primo a realizzare tutte le istanze di un moderno Stato sociale, per la cui attuazione è necessario il contributo del secondo [77]. La giurisprudenza costituzionale si caratterizza, quindi, per un un'interpretazione moderata, «ragionevole» del 1° comma, il cui rigore risulta temperato dalla previsione di cui al comma successivo [78].

---

[75] Cfr. G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977, spec. 251 ss.

[76] Tesi sostenuta, com'è noto, da Esposito, secondo cui avrebbero dovuto ritenersi incostituzionali le leggi adottate nel secondo dopoguerra per indennizzare gli israeliti perseguitati durante il fascismo, C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.

[77] G.M. FLICK, *Minoranze ed eguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2004, 3 ss.

[78] La Corte non ha mancato di ribadire quest'idea anche nella giurisprudenza più recente, v. sent. n. 163/1993, nella quale afferma che il 2° comma, dell'art. 3, Cost. «oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza "sostanziale" e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica – esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale", nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti "di fatto" all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della "piena" autodeterminazione della persona e quello della "effettiva" partecipazione alla vita comunitaria».

Moderata è, altresì, l'interpretazione del 2° comma, utilizzato con «parsimonia» dalla Corte al fine di caducare discipline legislative [79].

In compenso, è interessante osservare come, invece, frequentemente il 2° comma sia stato utilizzato per avallare politiche di riforma che avrebbero potuto infrangersi contro il principio di eguaglianza formale. Ad esempio, nella sent. n. 109/1993 la Corte ha riconosciuto espressamente che l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale «comporta l'adozione di discipline giuridiche differenziate a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche in deroga al generale principio di formale parità di trattamento stabilito nell'art. 3, 1° comma, Cost. », così escludendo l'incostituzionalità delle norme impugnate della legge n. 215/1992 (*Azioni positive per l'imprenditoria femminile*) [80].

Queste scelte (relative all'*an*, al *quando*, al *quomodo* dell'intervento) della Corte sono chiaro indice di un atteggiamento di rispetto nei confronti del legislatore; atteggiamento che trova fondamento nell'idea, corretta, secondo cui la Corte è destinataria «naturale» della previsione di cui al 1° comma, mentre il

---

[79] Se il rispetto per il legislatore sta alla base del basso grado di utilizzazione del 2° comma, dell'art. 3, data la difficoltà, per la Corte, di definire le possibili implicazioni della norma, in realtà, tra le ragioni vi è anche la tendenza, su esaminata, alla sfumatura del confine tra 1° e 2° comma, dell'art. 3; spesso, infatti, la Corte fa riferimento al 1° comma, dell'art. 3, anche laddove il problema non sia di (sola) eguaglianza formale, ma (anche) sostanziale (A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 58, 261).

Tra i pochi casi si veda, ad esempio, la sent. n. 422/1995, con cui la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime, per violazione del principio di eguaglianza, le norme che prevedevano una riserva di quote per l'uno o per l'altro sesso nelle liste dei candidati alle elezioni: «misure quali quelle in esame non appaiono affatto coerenti con le finalità indicate dal 2° comma, dell'art. 3 Cost., dato che esse non si propongono di «rimuovere» gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi: la ravvisata disparità di condizioni, in breve, non viene rimossa, ma costituisce solo il motivo che legittima una tutela preferenziale in base al sesso» (V. però sent. n. 49/2003).

Si veda anche la sent. n. 215/1987, sul dovere statale di assicurare la frequenza scolastica dei soggetti portatori di *handicap*, con la quale la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 28, 3, legge n. 118/1971 «nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di *handicaps*, prevede che «Sarà facilitata, anziché «È assicurata», la frequenza alle scuole medie superiori. La Corte afferma che, come conseguenza della pronuncia, la disposizione «acquista valore immediatamente precettivo e cogente, ed impone perciò ai competenti organi scolastici sia di non frapporre a tale frequenza impedimenti non consentiti …, sia di dare attuazione alle misure che, in virtù dei poteri-doveri loro istituzionalmente attribuiti, ovvero dell'esistente normazione regionale, secondaria o amministrativa, possano già allo stato essere da essi concretizzate o promosse»; tuttavia, non manca di aggiungere che «Spetta ovviamente al legislatore il compito … di dettare nell'ambito della propria discrezionalità una compiuta disciplina idonea a dare organica soluzione a tale rilevante problema umano e sociale».

Più risalente la sent. n. 270/1967, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'incriminazione dello sciopero politico, argomentando che lo sciopero è «un mezzo … idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al 2° comma, dell'art. 3, Cost.».

[80] Si vedano anche le sentt. nn. 86/1975 (legittimità delle normative di favore per le minoranze linguistiche), e 439/1991 (legittimità di benefici per le imprese in crisi).

2° è essenzialmente rivolto al legislatore. Il 2° comma contiene, infatti, un «programma di trasformazione sociale il cui inveramento chiama in causa prioritariamente la legge». D'altra parte, è vero anche che il contenuto programmatico della norme non ne esclude l'efficacia giuridica obbligatoria, anzitutto come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale [81].

La giurisprudenza costituzionale italiana, dunque, si è mostrata assai rispettosa del ruolo «di protagonista» del legislatore, come risulta, innanzitutto, dalla tendenza ad astenersi dall'intervenire in caso di inerzia del legislatore [82]. Questa astensione sembra da ricondursi ad un rispetto per lo spazio «discrezionale» del legislatore, piuttosto che alle concrete difficoltà di intervento che la Corte incontrerebbe laddove si tratti di rimediare alle omissioni del legislatore [83]. Nel corso degli anni, infatti, la Corte ha provveduto a dotarsi di una varietà di strumenti e tecniche decisionali che ben potrebbero servire allo scopo di ovviare all'assenza di una disciplina legislativa ordinaria attuativa di una tutela predisposta da norme costituzionali [84]. È vero anche che l'ipotesi di un'omissione totale del legislatore, di una zona costituzionale totalmente inesplorata, dato l'attuale livello di giuridificazione della materia «sociale» è assai difficilmente realizzabile [85]; non è, però, assolutamente da escludere [86].

In secondo luogo, la Corte ha manifestato il suo rispetto verso il legislatore con la tendenza a evitare la declaratoria di incostituzionalità, in caso di attuazione legislativa insufficiente. In questo caso, invero, non è solo il rispetto nei confronti del legislatore a motivare la Corte, ma, ancor prima, l'esigenza di non privare i soggetti «deboli» della sia pur minima tutela approntata dalla legge. Il giudice costituzionale afferma espressamente che «l'insufficienza o la scarsa efficienza di una norma di legge … non può condurre a riconoscerla

---

[81] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 63.

[82] Così, ad esempio, nella sent. n. 135/1987, la Corte, pur affermando l'opportunità di una revisione della norma che prevede al lavoratore l'esonero dal pagamento delle spese, nelle cause previdenziali ed assistenziali, nel senso di tener conto delle condizioni economiche del lavoratore e in specie della sua possibile condizione di «abbiente», tuttavia ritiene che «La determinazione concreta delle condizioni e degli estremi della situazione di "abbiente" … importa scelte affidate alla discrezione del legislatore e che questa Corte non può compiere».

[83] In quest'ultimo senso M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit.

[84] AA.VV., *Strumenti e tecniche*, cit.

[85] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 27.

[86] Tra i pochi casi che si possono ritrovare nella giurisprudenza costituzionale, v. la sent. n. 347/1998, con cui la Corte ha pronunciato l'inammissibilità della questione sollevata sull'art. 235 c.c. nella parte in cui non prevede l'azione per il disconoscimento della paternità al padre legittimo che abbia prestato il suo consenso all'inseminazione eterologa della moglie, motivando con la considerazione che la richiesta di addizione cade su una materia priva di alcuna regolamentazione giuridica. Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 164 ss.

senz'altro contraria alla Costituzione, con il risultato di far venir meno il poco già attuato» (sent. n. 114/1964) [87].

In definitiva, la Corte si è orientata nel senso di limitare il proprio intervento all'ipotesi in cui il legislatore abbia predisposto una compiuta disciplina per una determinata categoria. Piuttosto che assumere un ruolo «creativo», esercitando una «supplenza» nei confronti del legislatore, dunque, la Corte ha preferito limitarsi a esercitare un controllo sulla «ragionevolezza» delle scelte discrezionali da questi effettuate [88].

Controllo che, com'è noto, è potenzialmente assai esteso e incisivo, potendo consistere in una «verifica sul rispetto del *principio di eguaglianza* strettamente inteso, implicante una valutazione comparativa delle situazioni e delle relative discipline legislative», così come in un controllo che «non tocca problemi di parità/disparità di trattamento, ma comporta valutazioni di *adeguatezza*, *pertinenza*, *congruità*, *proporzionalità* ovvero di *coerenza interna* o di *ragionevolezza intrinseca* della legge» [89].

L'intervento della Corte, potenzialmente assai esteso, nella realtà è stato, però, spesso limitato da fattori estranei all'intento di assicurare protezione, ai sensi dell'art. 3 Cost., ai soggetti «deboli». Così, la soluzione al problema che spesso si è posto, se innalzare il livello della tutela, estendendola ad altre categorie, non previste dalla legge, o ripristinare l'eguaglianza «verso il basso» (così privando anche la categoria beneficiata dalla legge), è stata influenzata dal fatto che le sentenze costano. Il profilo dei costi delle sentenze e delle esigenze del bilancio statale è entrato così nel giudizio di ragionevolezza [90].

---

[87] Allo scopo di «salvare» una pur minima tutela, la Corte ha affermato i seguenti principi che le hanno consentito di rigettare la questione: principio di gradualità delle riforme legislative (es. sentt. nn. 173/1976 e 252/1989); principio di costituzionalità provvisoria di una disciplina bisognevole di riforma o di sviluppo (es. sent. n. 826/1988); teoria dei diritti condizionati, ossia subordinati all'eventualità che il legislatore assicuri i mezzi necessari per esercitarli, cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 72-73. La Corte ha allo scopo anche «elaborato» nuove tecniche decisionali, come le pronunce additive di principio (es. sentt. nn. 497/1988 e 288/1994, in tema di indennità di disoccupazione), v. *infra* nota 91).

[88] Tra i casi più recenti, significativa, sotto il profilo indicato, è la sent. n. 78/2005, cit. *infra*. V. anche la sent. n. 63/2005, con cui la Corte ha ritenuto irragionevole la disparità di trattamento del maggiorenne infermo di mente rispetto al minore, con riferimento all'assunzione della prova testimoniale e all'esame della vittima del reato, nel processo penale. Pur essendo entrambi soggetti «deboli», la garanzia di modalità «protette» (uso di un vetro specchio unitamente a impianto citofonico) è predisposta solo a favore del minore.

[89] A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 31 ss. Cfr. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; G. FERRARA, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 89 ss.

[90] Significativamente, la Corte ha escluso l'incostituzionalità di ogni «scelta di politica legi-

Una soluzione per temperare la portata, talvolta eccessivamente dirompente, degli effetti delle pronunce costituzionali potrebbe essere costituita dalla valorizzazione del ruolo dei giudici comuni, secondo il modello indicato *supra* (par. 5.1): la Corte potrebbe privilegiare il ricorso a quelle tecniche decisorie che le consentono di rendere pronunce di principio, rimettendo così (almeno, ove possibile) il compito di tutelare concretamente le condizioni «deboli» al giudice che interviene nei concreti casi della vita [91]. Molte volte, infatti, è proprio il confronto con le situazioni concrete che consente di valutare al meglio la «ragionevolezza» di una disciplina [92].

In questo senso è la soluzione elaborata in Francia con riguardo alla libertà religiosa: il principio di laicità e di eguaglianza delle religioni ha potuto conciliarsi con l'esercizio individuale della libertà religiosa, tramite l'affidamento della tutela al giudice del caso concreto. Così, in ordine alla questione della libertà (o meno) degli allievi di portare simboli religiosi (velo) in ambito scolastico, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la libertà degli allievi, ma ha, al contempo, rimesso ai giudici del caso concreto la verifica sull'eventuale contrasto di tale libertà con altri interessi tutelati dall'ordinamento, inerenti al funzionamento del pubblico servizio [93].

---

slativa diretta a realizzare l'ampliamento della tutela con una gradualità di passaggio richiesta dalla disponibilità finanziaria» (sent. n. 33/1975; v. anche sentt. nn. 26/1982, 42/1982, 134/1982, 188/1982). Cfr. C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati*, *argomento delle risorse disponibili*, *principio di equilibrio finanziario*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 548 ss.

[91] Lo strumento delle pronunce additive di principio consente, infatti, alla Corte di non invadere lo spazio «politico» del legislatore, non rinunciando a mantenere un proprio incisivo ruolo nel confronto tra esigenze solidaristiche e discrezionalità legislativa nel definire il quadro economico disponibile, A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 35. Le pronunce additive di principio, com'è noto, si differenziano dalle additive «classiche», con cui la Corte fornisce la soluzione che il legislatore ha omesso, per il fatto che la Corte si limita ad indicare il principio che il legislatore e soprattutto (in prima battuta) il giudice sono chiamati a sviluppare (nel dispositivo si ha dunque la dichiarazione di incostituzionalità di una norma nella parte in cui non prevede un principio). Sul tema v. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti*, cit., 72 ss. Sull'utilizzazione, e sui limiti, di questo tipo di pronuncia in vista della garanzia dei diritti sociali v. C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 33 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 137 ss.

[92] Questa idea è un riflesso della dottrina del «diritto mite», G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

[93] *Conseil d'Etat*, parere del 27 novembre 1989: i simboli possono essere vietati se rivestono, ad esempio, carattere ostentatorio o rivendicativo, v. *Rapporto sulla laicità*, rapporto al Presidente della Repubblica della Commissione di riflessione sull'applicazione del principio di laicità nella Repubblica, dell'11 dicembre 2003. Al problema del velo islamico, dunque, la risposta è stata data dai giudici del caso concreto: così, il rifiuto di una dipendente che faceva la commessa in un centro commerciale aperto ad un ampio pubblico di rinunciare a portare un velo ostentatorio, invece di un semplice berretto, è una causa reale e seria di licenziamento (Corte d'Appello di Parigi, Camera n. 18, 16 marzo 2001, *Carni c. SA Hamon*); per converso, in assen-

Ad ogni modo, se l'intervento della Corte costituzionale è stato (almeno, sin qui) limitato al controllo sulla ragionevolezza della scelta legislativa; se, cioè, il «dato di fondo» è che «l'intervento del tribunale costituzionale si muove sempre a traino di una preesistente decisione normativa» [94], esso è valso, più che all'individuazione e al «riconoscimento» di nuove catetorie di soggetti «deboli», ad ampliare e a specificare il contenuto della tutela di quei soggetti considerati «deboli» e, in quanto, tali protetti già dalla legge (non solo dalla Costituzione).

Un contributo di particolare rilievo è quello reso dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al trattamento dello straniero [95]. In questa materia, il moltiplicarsi di occasioni di pronuncia per la Corte dovute al dilagare dei fenomeni immigratori e l'incessante manifestarsi di nuove forme di «debolezza» lasciano prevedere che la giurisprudenza potrà svolgere, in ordine alla definizione della protezione dei soggetti «deboli», un ruolo di estremo rilievo, magari non più «a traino» di una decisione legislativa, dato l'emergere di situazioni sempre nuove (ancora) non disciplinate, ma piuttosto raffrontandosi direttamente, oltre che con i principi contenuti nella Costituzione, con quelli contenuti nelle dichiarazioni o carte dei diritti elaborate a livello internazionale e sovranazionale.

### 5.4.2. *Il rigore del sindacato* (strict scrutiny) *in ordine ai diritti fondamentali*

Il rispetto della Corte nei confronti del legislatore che, come si è visto, rappresenta una costante della giurisprudenza costituzionale, si stempera, però, laddove siano in causa questioni relative ai diritti fondamentali; in questi casi il sindacato si fa più rigoroso.

Questioni di diritti fondamentali si presentavano un tempo soprattutto con riferimento ai lavoratori. I lavoratori sono stati per lungo tempo considerati dalla Corte soggetti «deboli» per eccellenza, come risulta da un'ampia giurisprudenza, fondata proprio sull'art. 3, 2° comma.

---

za di qualsiasi giustificazione valida alla proibizione di portare il velo, e dal momento che la dipendente era stata assunta portando questo medesimo velo, il licenziamento è stato annullato in quanto discriminatorio (Consiglio dei probiviri, 17 dicembre 2002, *Thari c. Téléperformance France*). Sul caso del velo islamico e sulla soluzione della giurisprudenza francese e su quello del crocifisso nelle aule scolastiche e sulla soluzione della giurisprudenza italiana v. E. OLIVITO, *Laicità e simboli religiosi nella sfera pubblica: esperienze a confronto*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2004, 549 ss.; S. BARAGLIA, *Il crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche: una questione ancora aperta*, in *Giur. cost*., 2004, 2129 ss.

[94] M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., 51.

[95] Trattandosi di pronunce nelle quali si pongono per lo più questioni inerenti ai diritti fondamentali verranno trattate unitariamente nel paragrafo successivo.

Si pensi alle sentenze che hanno riconosciuto la legittimità delle norme che regolano in maniera «sbilanciata»» il rapporto tra lavoratori e datori di lavoro (sent. n. 106/1962), che riservano ai primi un trattamento più favorevole (sent. n. 13/1977) o che limitano l'autonomia negoziale imponendo vincoli a favore della parte ritenuta più debole (sentt. nn. 53/1957, 7/1958, 38/1960, 55/1961).

Oggi, le mutate condizioni storiche e socio-economiche hanno portato a emergere una nuova categoria di soggetti «deboli», che più di altre necessita di tutela: gli stranieri. La novità e la complessità del fenomeno migratorio hanno offerto negli ultimi anni numerose occasioni di pronuncia alla Corte [96], che ha potuto così sviluppare e approfondire quella giurisprudenza che, già da tempo, ha ritenuto applicabile anche allo straniero il nucleo di diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione [97].

La Corte ha così affermato che le garanzie relative alla libertà personale non possono subire «attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti. Per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale …» (sent. n. 105/2001).

Più specificamente, con riferimento al diritto di difesa, è stato riconosciuto anche agli «immigrati clandestini» un «nucleo incomprimibile» di diritti, che segna il limite alla discrezionalità del legislatore nel configurare procedure atte ad assicurare «la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati». In ogni caso, infatti, «quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principi della tutela giurisdizionale» (sent. n. 222/2004, cit.) [98].

---

[96] Per un'approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale si rinvia a P. PASSAGLIA-R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero*, cit.

[97] Si vedano, tra le altre, le sentt. nn. 120/1967, 104/1969, 14/1970, 47/1977, 215/1983, 490/1988, 1146/1988, cit., v. *supra*, par. 3.2.

[98] Si tratta di «una vera propria pronunzia *additiva*, considerato che nel dispositivo la norma *de qua* non è annullata *tout court*, ma dichiarata illegittima «nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida debba svolgersi prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa», in particolare, di una pronuncia «additiva di principio», A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore «tappa» nel tortuoso «cammino» degli extracomunitari*, in Forum di *Quaderni costituzionali*.

Si veda anche la sent. n. 198/2000, secondo cui «Lo straniero (anche irregolarmente soggiornante) gode di tutti i diritti fondamentali della persona umana, fra i quali quello di difesa, il cui esercizio effettivo implica che il destinatario di un provvedimento, variamente restrittivo della libertà di autodeterminazione, sia messo in grado di comprenderne il contenuto e il significato».

Sulla considerazione della condizione di «debolezza» degli stranieri espressamente si fonda la sent. n. 78/2005, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che fanno derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli artt. 380-381 c.p.p., prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. «Le norme censurate fanno irragionevolmente derivare dalla denuncia conseguenze molto gravi in danno di chi della medesima è soggetto passivo, imponendo il rigetto dell'istanza di regolarizzazione che lo riguarda e l'emissione nei suoi confronti dell'ordinanza di espulsione; conseguenze tanto più gravi qualora s'ipotizzino denunce non veritiere per il perseguimento di finalità egoistiche del denunciante e si abbia riguardo allo stato di indebita soggezione in cui, nella vigenza delle norme stesse, vengono a trovarsi i lavoratori extracomunitari».

Una serie di pronunce ha quindi affermato il principio di unità familiare e di tutela dei minori, riconoscendo anche agli stranieri, in quanto «diritti umani fondamentali», il diritto-dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, nonché il diritto dei genitori e dei figli minori a una vita comune [99].

È particolarmente interessante osservare come l'intervento della Corte non si limiti soltanto all'attuazione dei tradizionali diritti di libertà, ma si estenda anche ai diritti sociali, come il diritto al lavoro o il diritto alla salute.

Così, intervenendo in attuazione del diritto (sociale) al lavoro, la Corte ha ritenuto applicabile anche nei confronti dei lavoratori extracomunitari la normativa sulle assunzioni obbligatorie: «Tra i diritti di cui gode il lavoratore extracomunitario non può non riconoscersi dunque quello di iscriversi, avendone i requisiti, negli elenchi per il collocamento obbligatorio degli invalidi» (sent. n. 454/1998).

La Corte, inoltre, nel riconoscere il diritto dello straniero entrato clandestinamente in Italia ai trattamenti terapeutici essenziali, ha individuato un «nucleo irriducibile» anche nel diritto alla salute «protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». «Questo "nucleo irriducibile" di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso» (sent. n. 252/2001).

Lo *strict scrutiny* della Corte, dunque, non è limitato ad assicurare un'effet-

[99] Sentenze nn. 28/1995; 203/1997; 376/2000.

tiva protezione ai diritti c.d. di libertà negativa, ma, in qualche misura almeno, anche alle c.d. libertà positive [100].

Certo, il compito della giurisprudenza di attuare i diritti sociali non è agevole, se appena si consideri la difficoltà di rendere effettivi i diritti c.d. a prestazioni positive, diritti che determinano a carico dello Stato oneri finanziari maggiori rispetto a tutti gli altri diritti. È vero che *tutti* i diritti (e non solo quelli sociali) costano [101], ma è anche vero che questa fattispecie di diritti costa, almeno di norma, più degli altri. Le difficoltà della Corte sono testimoniate da quella giurisprudenza, cui si faceva riferimento *supra*, che, tramite l'elaborazione di categorie quale quella dei diritti finanziariamente condizionati, cerca di operare un ragionevole bilanciamento tra le esigenze contrapposte dell'attuazione dei diritti e del bilancio dello Stato. La recente giurisprudenza in materia di diritti degli stranieri, indica però come, nonostante le difficoltà, la Corte non intenda limitare il suo intervento alle sole libertà negative.

### 5.4.3. *La nozione di «debolezza» risultante dalla giurisprudenza costituzionale*

Nell'esame della giurisprudenza costituzionale sembra, in conclusione, trovarsi una conferma della definizione di «debolezza» elaborata in teoria. Il concetto di «debolezza» che emerge dalla giurisprudenza costituzionale risulta, infatti, definito dal principio di eguaglianza e dai diritti fondamentali, legati insieme dalla scelta politica (ovvero dalla discrezionalità del legislatore).

Anche per la Corte costituzionale «debole» è chi non ha gli stessi diritti degli altri, in particolare chi non ha gli stessi diritti fondamentali (o, almeno, il loro nucleo essenziale) degli altri. La Corte ritiene, infatti, che, in relazione alla limitazione di questi diritti (limitazione che identifica quella condizione che nella presente ricostruzione si è definita di «debolezza in senso stretto», v. *supra*, par. 3.2), il margine di discrezionalità del legislatore sia ridotto al minimo, e si impegna pertanto a esercitare un sindacato di estremo rigore.

In qualche misura, questa giurisprudenza riproduce quella statunitense in ordine ai c.d. *preferred rights*, in ordine ai quali la «presunzione di costituzionalità» (che può essere in qualche misura considerato l'omologo del rispetto della Corte italiana per la discrezionalità del legislatore) cede, lasciando il posto a uno *strict scrutiny*, nel caso in cui si tratti di assicurare protezione ai diritti fondamentali.

---

[100] Questa giurisprudenza potrebbe forse, almeno in prospettiva, far pensare che possa essere in qualche misura ridimensionata, quantomeno con riferimento al «nucleo irriducibile» dei diritti sociali fondamentali, l'affermazione di A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali*, cit., secondo cui lo *strict scrutiny* sarebbe riservato ai limiti legislativamente posti ai diritti di libertà negativa.

[101] Cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, cit.; M. AINIS, *La libertà perduta*, Bari, 2003.

## 6. *La tutela multilivello dei soggetti «deboli»*

### 6.1. *La tendenza all'elaborazione di forme di tutela internazionali e sovranazionali*

Quello della tutela dei soggetti «deboli» (almeno con riferimento al alcune forme di «debolezza») è da tempo avvertito come un problema che supera i confini del singolo Stato. Gli Stati, specie a partire dal secondo dopoguerra, si sono, dunque, accordati per predisporre una tutela ai diritti, soprattutto mediante l'elaborazione di Carte dei diritti, a livello mondiale (*in primis* la Dichiarazione dei diritti dell'uomo dell'ONU del 1948) o «regionale» (es. Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

L'attività di predisposizione del «catalogo internazionale dei diritti dell'uomo», mediante convenzioni multilaterali, si è realizzata, per un verso, con la tutela dei singoli diritti o categorie omogenee di diritti (es. Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948, Convenzione sulla lotta alla schiavitù del 1956, Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, …); per altro verso, con la protezione di specifiche categorie di individui, ritenuti politicamente e socialmente più «deboli»» e degni di tutela (es. Convenzioni di Ginevra sul diritto umanitario di guerra del 1949, Convenzione sullo statuto dei rifugiati del 1951, Convenzione sui diritti politici della donna del 1952, …) [102].

In alcuni casi, alle enunciazioni di diritti si è accompagnata la predisposizione anche di forme organizzative volte alla loro tutela (come accade, ad esempio, per la CEDU); in altri casi, l'esigenza di assicurare effettività ai diritti si è scontrata con difficoltà, tanto maggiori quanto più esteso è l'ambito di applicazione della Dichiarazione. Inevitabilmente, infatti, la pretesa di coinvolgere il maggior numero di Stati possibile nella tutela dei diritti fa sì che questi finiscano per essere definiti nei termini minimi essenziali, per consentirne l'accettazione anche da parte degli Stati più restii [103].

Negli ultimi anni, tuttavia, gli sforzi della comunità internazionale si sono moltiplicati per evitare che i diritti enunciati, non assistiti da (idonei) meccani-

---

[102] R. BARSOTTI, *L'evoluzione dei diritti umani*, in T. GRECO (a cura di), *Violazioni e tutela dei diritti umani*, Pisa, 2001, 21 ss.

[103] La difficoltà di conciliare il «mito» dell'universalità del diritto con la specificità delle tradizioni culturali e degli assetti politici dei diversi ordinamenti è posta in luce da S. CASSESE, prolusione dal titolo *Universalità del diritto*, tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2004-2005 all'Università La Sapienza di Roma il 23 marzo 2005, pubblicata in *Il Corriere della sera* di mercoledì 23 marzo 2005.

smi di garanzia, restassero lettera morta. Significativo è in tal senso il progetto di realizzazione di un Tribunale penale internazionale permanente [104].

Né è da trascurarsi la circostanza che, sempre più spesso, i principi e le norme contenuti in Dichiarazioni o Carte dei diritti internazionali, di per sé non assistiti da meccanismi idonei ad assicurarne l'effettiva applicazione, assumano una rilevanza come «diritto transnazionale», venendo utilizzate dai giudici nazionali, che pur non vi sarebbero tenuti, specie in quei settori che a livello interno risultano carenti di disciplina [105]. In virtù di tale utilizzo, detti principi e norme «trasmigrano» dal campo delle mere affermazioni teoriche a quello dell'effettività [106].

La tutela predisposta da ciascun ordinamento a tutela dei soggetti «deboli» necessita, dunque, di raccordarsi con la tutela che è offerta a livello internazionale e sovranazionale [107].

## 6.2. *Eguaglianza e diritti nell'Unione europea*

Se la tutela a livello internazionale sconta, come si è visto, l'aspirazione al coinvolgimento del maggior numero di Stati possibile con la difficoltà di tradursi in una tutela effettiva, assai più «impegnativa» è, per gli ordinamenti nazionali, la tutela predisposta a livello sovranazionale, fondata su «documenti» nei quali, peraltro, spesso si recepiscono, provvedendo così a dotarli di maggior effettività, i principi contenuti nelle Dichiarazioni internazionali.

---

[104] Lo Statuto di tale Tribunale è stato adottato dalla Conferenza di Roma del 1998, promossa dalle Nazioni Unite, ma non ancora entrato in vigore per mancanza delle condizioni di efficacia connesse alle procedure di adesione degli Stati. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Una premessa ai rapporti tra diritti umani e giustizia internazionale*, in T. GRECO (a cura di), *Violazioni e tutela*, cit., 125 ss.

In particolare, sull'esperienza del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugloslavia, v., in senso critico, D. ZOLO, *Diritti umani e giustizia penale internazionale*, in T. GRECO (a cura di), *Violazioni e tutela*, cit.,137 ss.

[105] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 2ª ed., 321 ss.

[106] Questo è, del resto, quanto avvenuto in relazione alle norme contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'indomani della sua «proclamazione solenne»; nonostante il ricorso a tale formula valesse, nelle intenzioni, proprio a sottolinearne la mancanza di effetti giuridici vincolanti, il fenomeno dell'utilizzo giudiziario delle norme della Carta si è registrato a tutti i livelli, comunitario e nazionale. Cfr. A. CELOTTO-G. PISTORIO, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rassegna giurisprudenziale 2001-2004)*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*; L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, 249 ss.

[107] A. PIZZORUSSO, *Costituzioni e diritti umani*, in T. GRECO (a cura di), *Violazioni e tutela*, cit., 45 ss., spec. 48.

Come conseguenza del superamento della concezione degli Stati quali enti dotati di una sovranità rigidamente esclusiva [108], il nostro ordinamento si trova ormai a esser parte di un più complesso ordinamento multilivello [109], nel quale il livello statale si raccorda, in vario modo, con un livello «infrastatale» e con un livello «sovranazionale».

Mentre il livello infrastatale è stato già esaminato con riferimento alla legislazione regionale, occorre considerare il livello sovrananzionale, quello dell'Unione europea [110].

Anche a questo livello, come accennato, si è sviluppato un sistema di protezione dei soggetti «deboli».

Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957, invero, si limitava a riconoscere qualche diritto individuale con riferimento all'attività lavorativa, la sola che interessasse la libera circolazione e il mercato comune, che ne costituivano gli obiettivi. Lo stesso principio di eguaglianza era formulato in termini limitati all'ambito lavorativo e, oltretutto, assai restrittivi: l'art. 48 Trattato CEE, al fine di assicurare la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, vietava le discriminazioni fondate sulla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri, «per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro»; nella stessa ottica si ponevano altre disposizioni, come l'art. 119 Trattato CEE, che limitava il divieto di discriminazione alla discriminazione tra i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile, con riferimento alla retribuzione [111].

---

[108] A. PIZZORUSSO, *Pluralismo delle fonti interne e formazione di un sistema di fonti sopranazionali*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, 1125 ss.

[109] Si tratta di una delle caratteristiche più significative del costituzionalismo moderno. Con riferimento ai diritti, questa costruzione si articola in un patrimonio di «diritti fondamentali che ciascun individuo possiede in quanto tale e possiamo farli coincidere con quelli proclamati della Dichiarazione (N.d.A. ONU, 1948); ma ciascun individuo, in quanto cittadino di una comunità politica più ristretta, (diciamo di ambito statale) possiede un ulteriore e diverso status di diritti; infine, quale membro di una comunità di ambito ancora più ridotto (corrispondente alla comunità locale) possiede un ulteriore *status* di diritti». L'idea di sovranità, dunque, cambia: non più «gerarchica», ma «a rete»; ma ciò è «possibile soprattutto in quanto esista (o possa esistere) un sostrato comune di diritti, il cui rispetto sia garantito dalla comunità internazionale organizzata», P. CARROZZA, *Paesi in via di sviluppo e diritti umani*, in T. GRECO (a cura di), *Violazioni e tutela*, cit., 53 ss., spec. 66-67.

[110] Proprio l'esperienza europea mostra la possibilità di inveramento della prospettiva di *multilevel democracy* a livello planetario, sulla base del superamento della concezione degli Stati quali enti dotati di una sovranità rigidamente esclusiva (come dimostrano gli studi di A. Pizzorusso, tra i più recenti cfr. A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione «ottriata»*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, 41 ss.; A. PIZZORUSSO, *Costituzionalismo ed Unione europea*, Convegno di studi su *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Roma, 19-20 giugno 2003, Istituto della Enciclopedia italiana).

[111] Per una ricognizione di tutte le disposizioni, sparse nel Trattato, volte a vietare specifiche

Tuttavia, sin da subito si è rivelata di primaria importanza l'attività del legislatore comunitario, che, non senza forzature, ha utilizzato le limitate previsioni contenute nelle norme del Trattato come base giuridica per una legislazione a tutela dei soggetti «deboli», quali inizialmente erano considerati i soli lavoratori.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, quindi, provveduto a inquadrare il principio di non discriminazione, in quanto espressione del principio di eguaglianza, tra i principi fondamentali del diritto comunitario [112].

Il divieto di discriminazione, riconosciuto in origine solo al lavoratore, in quanto «fattore di produzione» e solo in riferimento ad alcuni aspetti del rapporto di lavoro, dunque, estendendosi in senso «oggettivo» [113] e in senso «soggettivo» [114], si è evoluto in un principio di eguaglianza che, in quanto diritto fondamentale, deve essere garantito a tutti i soggetti dell'ordinamento comunitario [115], in relazione a tutte le situazioni che rientrano nell'ambito di competenza di tale ordinamento.

L'originaria concezione dell'eguaglianza in senso formale, inoltre, è stata gradualmente affiancata da una concezione anche sostanziale, quantomeno intesa come proporzionalità.

Si è potuta così sviluppare una legislazione comunitaria a tutela di alcune «debolezze»; alla mancanza di una solida base giuridica nel Trattato il legislatore ha ovviato con il contributo della giurisprudenza, che, a sua volta, si è affermata potendo contare sul «patrimonio costituzionale comune» agli Stati membri [116].

---

discriminazioni, v. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 85 ss.

[112] Si vedano, tra le altre, le sentt. *Ruckdeschel* del 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76 e 16/77; *Isoglucosio* del 25 ottobre 1978, causa 125/77; *Royal Scholten-Honig* del 25 ottobre 1978, cause riunite 103 e 145/77; *Uberschär* dell'8 ottobre 1980, causa 810/79.

[113] La direttiva n. 76/207/CEE, ad esempio, ha esteso la portata dell'art. 119 Trattato CEE ad ogni aspetto del rapporto di lavoro e della condizione dei lavoratori: accesso, promozione, formazione professionale, sicurezza sociale.

[114] I diritti originariamente riconosciuti al solo lavoratore sono stati estesi a tutti i cittadini degli Stati membri; così, ad esempio, il diritto di libera circolazione è stato, in un primo momento, riconosciuto alla famiglia del lavoratore (regolamento n. 1612/68/CEE), quindi, in genere, ai soggetti «economicamente non attivi», quali gli studenti, i pensionati, … (direttive nn. 364/90/CEE; 365/90/CEE; 93/96/CEE).

[115] È interessante rilevare come la giurisprudenza della Corte di giustizia non limiti il principio di eguaglianza ai cittadini europei, ma ritenga la «residenza legale» come requisito sufficiente a far valere il diritto a un uguale trattamento, cfr. *Martinez Sala* del 12 maggio 1998, causa C-85/96; *Bickel-Franz* del 24 novembre 1998, causa C-274/96.

[116] A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

Il Trattato di Amsterdam, nel 1997, ha, quindi, provveduto a dotare il principio di eguaglianza sostanziale di una sicura base giuridica, riformando l'(*ex*) art. 119 Trattato CEE [117]. Ai sensi del nuovo art. 141 Trattato CEE:

«… 3. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

Di grande rilievo, per la tutela dei soggetti «deboli», è la direttiva n. 78/2000/CE sull'eguale protezione nell'impiego e nell'occupazione, che proibisce le discriminazioni fondate su religione, opinione, disabilità, età o orientamento sessuale, nell'impiego e nell'occupazione. L'eguaglianza, in questa direttiva, è intesa sia in senso formale sia in senso sostanziale; la direttiva, in altri termini, non si limita a porre il tradizionale divieto di discriminazione, ma prevede anche azioni positive [118].

Parallelamente all'opera del legislatore si è sviluppata quella della giurisprudenza, volta soprattutto all'elaborazione di un sistema di diritti fondamentali a livello comunitario.

Nonostante l'ingresso del giudice comunitario nel campo dei diritti fondamentali, com'è noto, fosse inizialmente motivato con la necessità di «tranquillizzare» le Corti costituzionali nazionali, specie quella italiana e tedesca, preoccupate che il diritto comunitario fosse sprovvisto, nei confronti dei diritti fondamentali, di riguardi pari a quelli assicurati a livello nazionale, nel tempo, la Corte di giustizia si è mostrata particolarmente avanzata nella tutela delle situazioni di «debolezza»».

---

[117] Cfr. L. RONCHETTI, *Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 985 ss.; G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 872 ss.

[118] La direttiva è attuata in Italia con il dlgs 9 luglio 2003, n. 216. Cfr. Z. APOSTOLOPOULOU, *Equal Treatment of People*, cit. Anche altre direttive contengono norme volte alla rimozione degli ostacoli dei disabili nel mondo del lavoro, così come nella vita sociale e culturale dell'Unione europea, v. direttive nn. 85/2001/CE (norme speciali sui veicoli), 21/2002 (sulle tecnologie di informazione), 22/2002/CE (sui *networks* e servizi di telecomunicazione).

Questo è riscontrabile non solo con riferimento alla circostanza che la Corte di giustizia ha mostrato grande disponibilità (sinanche eccessiva, rispetto alle competenze della Comunità) ad accordare tutela a «nuovi»» diritti, quali quelli derivanti, ad esempio, dal cambiamento di identità sessuale [119], ma anche con riferimento alla circostanza che la Corte non si è limitata a garantire i diritti fondamentali nel loro «nucleo essenziale», ma, almeno in alcune occasioni, ha esteso la portata del diritto anche oltre tale «nucleo» [120].

L'affermazione dei diritti fondamentali in via giurisprudenziale, quindi, si è tradotta nel dicembre del 2000, a Nizza, nella «proclamazione solenne» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le cui norme sono oggi dotate di una sicura rilevanza giuridica in virtù del loro inserimento nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa [121].

---

[119] Si vedano, ad esempio, le sentt. *P./S.* del 30 aprile 1996, causa C-134/94, con cui viene riconosciuto il diritto di non essere discriminato sulla base del sesso anche nei confronti di un lavoratore che aveva cambiato sesso; *K.B.* del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, con cui viene riconosciuto il diritto dei transessuali di contrarre matrimonio conformemente al sesso acquisito.

Nella sentenza *Grant* (del 17 febbraio 1998, causa C-249/96), invece, la Corte aveva rifiutato di valutare una questione di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, che avrebbe comportato «un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità». Cfr. L. TRUCCO, *Transessuali e Regno Unito: anche la Corte di giustizia censura i britannici*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2004, 825; ID., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, spec. 197 ss.

[120] Ad esempio, attiene al «nucleo essenziale» del diritto fondamentale di difesa il diritto, riconosciuto dalla Corte di giustizia, di un lavoratore di uno Stato membro residente in altro Stato membro allo svolgimento del processo penale nei suoi confronti in una lingua processuale diversa da quella usata di regola, se lo stesso diritto è riconosciuto ai lavoratori nazionali (*Mutsch* dell'11 luglio 1985, causa 137/84).

Non sembra, invece, rientrare nel «nucleo essenziale» del diritto fondamentale di difesa lo stesso diritto nei confronti di un cittadino di uno Stato membro (nella specie, un camionista tedesco), che si trovi semplicemente a circolare nel territorio di altro Stato membro, nel quale il diritto è riconosciuto alle minoranze linguistiche nazionali (nella specie, la Provincia di Bolzano) (*Bickel* del 28 novembre 1989, causa 379/87). In questa, diversa, situazione, infatti, il diritto di difesa in giudizio potrebbe essere sufficientemente garantito dalla previsione del diritto a un interprete. Anzi, estendendo il contenuto del diritto di difesa come detto, la Corte ha offerto il fianco alle critiche di chi ha visto nella sua pronuncia una fonte di discriminazione, nei confronti di tutti gli altri cittadini comunitari la cui lingua non è tutelata da norme nazionali a tutela delle minoranze linguistiche, che dunque non possono che valersi dell'ausilio dell'interprete. Cfr. E. PALICI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, 2ª ed., Torino, 2002, 174.

[121] Cfr. F. MONCERI, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in G. COLOMBINI-F. NUGNES (a cura di), *Istituzioni, diritti, economia. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Pisa, 2004, 129 ss. L'inserimento delle norme della Carta dei diritti nella Costituzione europea costituisce l'aspetto più importante della centralità che il cittadino acquista nella nuova Costituzione; pone, però, un problema di compatibilità con un modello di amministrazione, quale quello europeo, essenzialmente «tecnocratico» e «neutrale», come rileva G.L. PALOMBELLA, *Politics and Rights: the near future of the EU, seen from Europe*, 2005.

La Carta dei diritti offre protezione a varie categorie di soggetti, sul presupposto della loro «debolezza»: alla tutela nei confronti dei tradizionali soggetti «deboli»», i lavoratori, si è aggiunta quella nei confronti di altri soggetti, quali i bambini (art. 24), gli anziani (art. 25), i disabili (art. 26), i consumatori (art. 38).

Si tratta, come risulta subito evidente, di un novero assai «progredito», che può facilitare la tutela di quei soggetti la cui «debolezza» non poteva essere prevista dalla Costituzione italiana del 1948 (es. utenti, consumatori, …). Questa tutela si realizza tramite il riconoscimento di un gran numero di diritti sociali, affermandone il principio di indivisibilità da quelli civili, nell'intento di garantirne l'effettività [122].

Quanto al principio di eguaglianza, gli artt. 20 e 21 garantiscono l'aspetto formale, il primo attraverso la formula «Tutte le persone sono uguali davanti alla legge»; il secondo tramite l'espressa elencazione di motivi di non discriminazione (sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione, convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza a una minoranza nazionale, patrimonio, nascita, *handicap*, età, tendenze sessuali) e il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza. L'art. 23, quindi, con riferimento all'eguaglianza fra i sessi, conferma il *favor* per il modello delle azioni positive, che, dunque, oggi può dirsi entrato a far parte del patrimonio costituzionale europeo [123].

Occorre, per vero, sottolineare come il «cammino» dei diritti fondamentali in ambito europeo non possa essere considerato come una «marcia trionfale», come talvolta enfaticamente presentato. Non mancano, infatti, le difficoltà. La stessa affermazione del principio di eguaglianza nella Carta dei diritti, a ben vedere, non è affatto avanzata [124]. Più in generale, destano perplessità le modifiche apportate alle c.d. clausole orizzontali della Carta da parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, che sembrano ridimensionare l'ef-

---

[122] Il principio, accolto nella Carta dei diritti, era stato proposto dal Comitato Simitis, su cui v. A. PIZZORUSSO, *Il rapporto del comitato Simitis*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 1999, II, 556 ss.

[123] L'atteggiamento della giurisprudenza comunitaria sulle azioni positive «forti» è stato sin qui improntato alla prudenza; l'ammissibilità di siffatte misure è, infatti, secondo la Corte di giustizia, da valutarsi in concreto, in base ad un bilanciamento con il principio fondamentale di non discriminazione. Le azioni positive, anche «di risultato», possono essere legittime, purché non siano automatiche e incondizionate (*Kalanke* del 17 ottobre 1995, causa C-450/93; *Marshall* dell'11 novembre 1997, causa C-409/95; *Badeck* del 28 marzo 2000, causa C-158/97). Cfr. F. GHERA, *Il principio di eguaglianza*, cit., spec. 146 ss.

[124] Cfr. C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, cit., 225 ss., la quale, tra l'altro, osserva come il modello delle azioni positive, ad esempio, sia espressamente previsto solo in ordine all'eguaglianza tra i sessi, mentre il diritto comunitario, come si è visto (direttiva n. 78/200/CE, cit.), già lo adotta in relazione ad una più ampia gamma di «debolezze».

fettività dei diritti in essa contenuti, introducendo una distinzione tra «diritti» e «principi» [125] (categoria quest'ultima che comprenderebbe i diritti sociali) che, in definitiva, si pone in contraddizione proprio con quel principio di indivisibilità dei diritti che ne costituisce una delle principali novità [126].

La realistica considerazione delle «ombre» non sembra, però, che possa indurre ad offuscare le «luci» del processo di affermazione dei diritti in ambito europeo; le basi per un significativo progresso sono state comunque, innegabilmente, poste.

## 6.3. *Prospettive di raccordo tra le diverse forme di tutela*

Il «cammino sociale» dell'Unione europea [127], qui brevemente ripercorso, se, da un lato, porta tale ordinamento ad allinearsi con quelli nazionali, in cui varie forme di tutela sociale sono da tempo affermate, dall'altro, porta a moltiplicarsi le occasioni di interferenza tra i diversi livelli ordinamentali.

Si pongono, in particolare, due ordini di problemi, tra loro strettamente collegati: da un lato, quello dell'individuazione della norma applicabile; dall'altro, quello dell'individuazione del giudice competente ad assicurarne la tutela effettiva.

La risposta ad ambedue i profili problematici sembra non poter essere rinvenuta nella tradizionale concezione gerarchica dei rapporti (tra ordinamenti, tra norme, tra Corti), ma deve essere cercata nella nuova concezione «reticolare», corrispondente a una nuova forma di sovranità [128].

---

[125] Cfr. la Relazione finale del Gruppo II, del 22 ottobre 2002 (doc. CONV. 354/02).

[126] Perplessità sono manifestate a tal proposito da G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Pol. dir.*, 2003, 327 ss., spec. 332 ss.; A. PIZZORUSSO, *Una Costituzione «ottriata»*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, 2003, 41 ss.; F. PETRANGELI, *Le prospettive dei diritti fondamentali*, in E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea*, cit., 108 ss. Siffatte perplessità sono però ridimensionate da M. CARTABIA, *La natura del Trattato costituzionale europeo e i poteri dei giudici*, in *Studi parmensi*, *Europa: il momento costituzionale*, n. 2, 2004, 153-154.

[127] Sull'affermarsi della c.d. Europa sociale sia consentito il rinvio A L. AZZENA, *Le regole (mutevoli) della Costituzione economica*, in *Studi in onore di A. Pizzorusso*, Torino, 2005, 151 ss.

[128] P. CARROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni*, *margine di apprezzamento e rapporti tra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei dritti dell'uomo. Quale Europa dei diritti?*, in P. FALZEA-A. SPADARO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 567 ss., spec. 574-575: «… la dimensione europea e locale (regionale ma anche municipale, almeno con riferimento ai diritti sociali) dei diritti e del potere sta delineando una forma di sovranità "reticolare" molto diversa e distante da quella, imperniata sull'ordine gerarchico e sulla *reductio ad unitatem*, che ha caratterizzato almeno due secoli della nostra storia. Con questa nuova forma di sovranità, per sua natura sfuggente e poliedrica, incapace di esprimere un centro ed un'origine ma piuttosto diretta a coordinare la molteplicità di centri de-

Secondo questa impostazione, il problema dell'individuazione della norma di tutela applicabile non dovrebbe risolversi con l'applicazione di quella gerarchicamente superiore o di quella dell'ordinamento di più elevato livello, bensì con l'applicazione di quella «più favorevole». Il criterio della «maggior protezione» è, del resto, sotteso alla dottrina c.d. dei controlimiti elaborata dalla nostra Corte costituzionale, secondo cui la stessa Corte mantiene la competenza a giudicare sul contrasto tra diritto comunitario e diritto interno laddove siano in pericolo i diritti fondamentali costituzionali. Lo stesso criterio è, inoltre, espressamente indicato dall'art. 53 della Carta dei diritti (*Livello di protezione*) [129].

L'individuazione della norma che offra nel caso concreto la tutela più favorevole può, peraltro, a sua volta, presentarsi come problematica, data anche la diversità di tecnica utilizzata per l'affermazione dei diritti a livello nazionale e a livello europeo [130].

Una «rivisitazione» della teoria dei controlimiti potrebbe risultare utile a risolvere siffatti problemi.

Se la Corte costituzionale, in caso di dubbio sulla conformità del diritto comunitario con un diritto fondamentale protetto dalla nostra Costituzione, anziché in un'ottica «oppositiva», si ponesse in un'ottica «collaborativa» con la Corte di giustizia, spiegando le ragioni del diritto nazionale e mostrando disponibilità ad accettare quelle del diritto comunitario, che la Corte di giustizia potrebbe offrire, ne deriverebbe un sicuro, reciproco arricchimento per entrambi gli ordinamenti.

---

cisionali come la molteplicità di diritti e di tecniche di protezione dei diritti che caratterizzano questa fase di sviluppo delle istituzioni, bisognerà imparare a fare i conti».

[129] Art. 53: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri».

[130] Il riconoscimento di un diritto, nella Costituzione italiana, si accompagna sempre alla predisposizione di un limite; ogni disposizione costituzionale di tutela, in altri termini, opera già «in prima battuta» un bilanciamento tra valori, che poi sarà compito del legislatore e del giudice sviluppare. Al contrario, le enunciazioni dei diritti contenute nella Carta dei diritti sono prive di limiti specifici, ciò che potrebbe far pensare che le norme della Carta offrano *sempre* una maggior protezione. D'altro canto, però, la Carta prevede la possibilità di apporre limiti ai diritti in essa contenuti, in via generale, con la sola garanzia della riserva di legge; ciò, all'opposto, potrebbe far pensare che i diritti della Carta risultino meno garantito di quelli costituzionali nazionali. Sulla tema della tecnica di redazione dei diritti nella Carta dell'Unione europea e nella nostra Costituzione, nonché sul tema dei limiti ai diritti, cfr. U. DE SIERVO, *La difficile Costituzione europea e le scorciatoie illusorie*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, cit., 109 ss.; L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti*, cit., 278 ss.

La dottrina dei controlimiti, in altri termini, potrebbe utilmente operare nel senso di indurre il giudice comunitario a leggere i diritti europei alla luce del diritto nazionale e, viceversa, il giudice nazionale a rileggere i diritti costituzionali alla luce di quello comunitario [131].

Si eviterebbe, così, di porre il problema dei rapporti tra norme dei diversi ordinamenti in termini gerarchici e, al contempo, si potrebbe escludere che il criterio della «miglior protezione» operi in modo da porre dinanzi a una scelta alternativa tra una norma di tutela piuttosto che un'altra (*aut aut*). La nuova «lettura» della dottrina dei controlimiti varrebbe, infatti, a consentire la «costruzione» di una norma «nuova», ricavata dall'integrazione di più disposizioni, relative a più livelli ordinamentali; norma che costituisce, per il soggetto «debole», la forma più elevata di tutela.

Le norme della Carta dei diritti, in questa prospettiva, potrebbero risultare oltremodo utili per integrare la nostra Costituzione che, inevitabilmente, più «datata», presenta delle lacune in ordine ai diritti delle ultime «generazioni»; per converso, le norme della Costituzione, potendo contare su una maggior «esperienza» con riferimento ai diritti più tradizionali, potrebbero utilmente integrare le norme della Carta dei diritti.

La teoria dei controlimiti, così rivisitata, fungerebbe, dunque, da «cerniera» tra il problema dell'individuazione della norma di tutela applicabile e quello dell'individuazione del giudice competente ad assicurarne l'effettiva applicazione.

I controlimiti, infatti, perderebbero la funzione originaria di «barriera»» elevata dalla nostra Corte costituzionale a tutela, ultimo baluardo, della propria competenza, ma varrebbero a impostare i rapporti tra giudici dei due livelli ordinamentali in termini di collaborazione.

La Corte costituzionale potrebbe evitare così di trovarsi a operare come una sorta di Corte «regionale» rispetto alla Corte di giustizia, soluzione cui invece sembrerebbe inevitabile andare incontro laddove si continuasse a ragionare in termini di gerarchia (di ordinamenti, di norme, di Corti).

Se la prospettiva indicata appare quella più suggestiva e auspicabile, pure, occorre ricordare come non sia l'unica astrattamente possibile. In particolare, l'esperienza del sistema federale statunitense, che più di ogni altro storicamente realizzato è assimilabile al sistema multilivello europeo [132], si è evoluta secondo una linea di segno opposto.

---

[131] Questa prospettiva è indicata da A. RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 217 ss.

[132] In quanto caratterizzato da Costituzioni statali includenti dichiarazioni di diritti e gli emendamenti del 1791 alla Costituzione federale che, com'è noto, costituiscono il *Bill of Rights* federale.

La giurisprudenza della Corte Suprema, sul finire del XIX secolo, ha infatti esteso il *Bill of Rights* federale, inizialmente ritenuto applicabile esclusivamente alle leggi federali e ai provvedimenti del governo federale, attraverso il Quattordicesimo emendamento, alle leggi e ai provvedimenti degli Stati membri, secondo il processo c.d. di *incorporation* [133].

Tale processo ha finito per far prevalere i diritti sanciti dagli Emendamenti alla Costituzione federale come lo *standard* di riferimento per legislatore statale e legislatore federale, in qualche modo vanificando le «clausole migliorative» delle Costituzioni statali e, in definitiva, le stesse Costituzioni statali [134].

Nel sistema multilivello europeo, dunque, potrebbe anche accadere che le norme della Carta dei diritti dell'Unione europea finiscano per prevalere su quelle delle Costituzioni nazionali, anziché orientarsi secondo un rapporto di tipo «reticolare» quale quello delineato dalla prospettiva innanzi delineata.

Oltre il prefigurare le possibili prospettive e il formulare eventuali auspici, non è allo stato possibile spingersi.

Quello che è comunque certo è che, con l'affermazione dei diritti fondamentali in ambito europeo, si è aperta la «stagione» della «dimensione europea della giustizia costituzionale» [135].

La tutela dei soggetti «deboli», dunque, si svolge oggi su diversi livelli; le difficoltà di raccordo tra questi non possono e non devono essere drammatizzate, ché, alla fine, il dato innegabile e di maggior rilievo è quello del sicuro arricchimento dei soggetti «deboli», tanto sotto il profilo del riconoscimento di nuove forme di «debolezza» da tutelare, quanto sotto il profilo dell'elaborazione di nuove forme di tutela [136].

---

[133] J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, ed. it. a cura di F. MARTINES, Bologna, 2003, 94 ss.; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 1978, 564 ss.; B. SCHWARTZ, *A Basic History of the U. S. Supreme Court*, New York, 1968, 43 ss.

[134] Sui rapporti che si possono instaurare, in ordine ai diritti fondamentali, tra «centro» e «periferia» negli Stati federali o regionali cfr. J. LUTHER, *Fundamental Rights in Federal or Regional States*, in *Fundamental Rights in Europe and North-America*, 2000.

[135] P. CARROZZA, *Tradizioni costituzionali comuni*, cit., 574.

[136] Si pensi a quanto si è detto sulla legittimazione ad assumere la tutela dei disabili delle associazioni e organizzazioni di categoria, prevista dalla direttiva n. 78/2000/CE. Si pensi anche all'arricchimento per il soggetto o la categoria «debole» che deriva dalla possibilità, consentita dalla pluralità di livelli ordinamentali in cui si articola la tutela, di adire giudici diversi, secondo diverse procedure, con diversi rimedi.

# INTERVENTI PROGRAMMATI

# EGUAGLIANZA DEL VOTO DEI CITTADINI ITALIANI IN ITALIA: DIRITTO DI VOTO ATTIVO ED ELEZIONI REGIONALI

*di Alessandro Sterpa*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema del principio di eguaglianza del diritto di voto attivo. – 3. La Costituzione, l'eguaglianza del diritto di voto attivo e le elezioni regionali. – 3.1. Principio di eguaglianza e titolarità del diritto di voto attivo. – 3.2. Una vicenda particolare: il referendum impossibile sullo Statuto della regione Puglia. – 3.3. Principio di eguaglianza ed esercizio del diritto di voto attivo. *a*) La formula elettorale e la legislazione di contorno. *b*) La dimensione dei collegi/circoscrizioni elettorali ed il rapporto numerico tra elettori ed eletti. *c*) Gli ulteriori requisiti per l'esercizio del diritto di voto.– 4. Un caso risolto di discriminazione al contrario: i cittadini comunitari residenti nelle Regioni speciali

## 1. *Premessa*

Il tema della parità del diritto di voto degli italiani in Italia si presenta come un ambito di ricerca estremamente ampio. Esso, infatti, meriterebbe di essere affrontato sia sotto il profilo dell'elettorato attivo che sotto quello dell'elettorato passivo; inoltre, considerata la presenza di diversi organi eletti con il voto dei cittadini italiani, l'analisi dovrebbe tenere in debita considerazione i differenti livelli di governo (elezioni per il parlamento europeo, per il parlamento nazionale, nonché elezioni regionali, provinciali, comunali, municipali-circoscrizionali), individuando, per ciascuno di essi, i profili più rilevanti.

È evidente, quindi, che in questa sede occorre prima di ogni altra cosa effettuare una delimitazione dell'argomento che intendiamo affrontare che, nello specifico, sarà costituito dal problema dell'impatto della riforma del Titolo V della Costituzione sul principio dell'eguaglianza del diritto di voto attivo per le consultazioni regionali.

## *2. Il problema del principio di eguaglianza del diritto di voto attivo*

Vista la complessità dell'argomento oggetto di queste brevi riflessioni, è necessario procedere innanzitutto alla definizione di alcuni parametri di fondo.

Il primo consiste nel fissare la dimensione nella quale l'eguaglianza è osservata, ossia se essa è misurata all'interno di un gruppo di soggetti titolari del diritto di voto ovvero se è presa in considerazione nel rapporto tra questo gruppo e coloro i quali, singolarmente o collettivamente, ne sono esclusi.

In questo senso, la storia dell'eguaglianza del diritto di voto è, prima di tutto, una storia dell'allargamento della cerchia dei soggetti titolari del suddetto diritto fino al raggiungimento del suffragio universale, ma ad essa, comunque, non si riduce.

A prescindere dall'affermazione del suffragio universale, infatti, la storia dell'eguaglianza del diritto di voto si declina su profili diversi da quelli della mera titolarità. Anche quando il diritto di voto è riconosciuto alla parte più ampia possibile dei consociati (con limiti fisiologici relativi all'età, alla capacità giuridica e a quella d'agire), non tutti i titolari del diritto sono trattati allo stesso modo, ossia hanno lo stesso «peso» nel momento della scelta. Questa differenziazione ha operato (e continua ad operare) di volta in volta sia formalmente (voto plurimo, voto multiplo), che sostanzialmente (valore efficiente del voto).

Il principio di eguaglianza del diritto di voto si caratterizza, dunque, per queste due dimensioni (una interna, l'altra esterna), le quali non hanno rinunciato, in alcuni casi, anche a sovrapporsi e ad intrecciarsi, senza che sia possibile dire, semplicisticamente, che una abbia cronologicamente seguito l'altra.

È pur vero, da un lato, che il principio di eguaglianza elettorale costituisce un passaggio del processo di perfezionamento degli ordinamenti democratici [1] verso le forme egualitarie affermatesi solamente nell'ultimo secolo in una limitata parte del globo [2]; dall'altro, si tratta di un principio che è emerso fin dalle prime forme di organizzazione politica.

---

[1] Controversa è la questione se il principio di eguaglianza del diritto di voto sia condizione necessaria degli ordinamenti democratici. Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1951), Milano, 1952, secondo il quale «la democrazia esige che il diritto elettorale sia non soltanto il più universale, ma anche il più eguale possibile», 299; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1927), Milano, 1984, 331 e ss. e 244; N. BOBBIO, *Democrazia*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Il dizionario di politica*, Torino, 2004, *ad vocem*; R. DAHL, *I dilemmi della democrazia pluralista* (1982), Milano, 1996, 13. La questione è particolarmente complessa se si pensa che per risolverla occorre prima di ogni altra cosa definire i due termini del confronto, ossia cosa si intenda per democrazia e cosa per eguaglianza dei diritti politici.

[2] Sul punto, ovviamente, C. SCHMITT, *Premessa all'edizione italiana*, *Le categorie del politico*, 1971, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, 1999, e ss.; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la*

La vicenda storica del principio di eguaglianza del diritto di voto, infatti, costituisce uno degli argomenti più difficili da ricostruire all'interno dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici a fini generali [3].

Fin dall'antichità, era presente il concetto di *isegoria*, ossia del diritto di tutti i cittadini di prendere parte all'Assemblea [4], quale prima forma embrionale dell'eguaglianza del diritto di voto; è evidente, però, che l'eguaglianza dei diritti politici compie un deciso salto di qualità quando abbraccia il concetto di *isonomia*, ossia di eguale sottomissione alla legge. Anche l'*isonomia*, però, non risolve le istanze di eguaglianza dei diritti politici, perché esse tendono ad essere pienamente accolte quando dalla eguaglianza innanzi alla norma (da chiunque prodotta), l'attenzione passa alla fase di generazione della volontà stessa. Il passaggio chiave, dunque, è costituito dal concetto di *isocrazia*, ossia dalla riconosciuta eguale capacità dei consociati di concorrere alla definizione della norma che si atteggia come eguale verso tutti loro. L'*isocrazia*, infatti, presuppone che ciascun individuo sia portatore di un valore che merita di essere preso in considerazione in un processo politico decisionale.

C'è un momento, però, nella storia dell'umanità, nel quale l'eguaglianza giuridica del diritto di voto emerge in maniera definitiva come problema politico per le società organizzate: tale momento è la fine del XVIII secolo.

In questo periodo comincia l'inarrestabile (anche se lenta) affermazione del principio del suffragio universale. Sempre in questo periodo, inoltre, troviamo la prima affermazione positiva di portata generale del principio di eguaglianza interna del diritto di voto (ossia una volta chiusa la cerchia dei titolari del diritto). È il caso della Dichiarazione del Massachusetts (2 marzo 1780) che,

---

*sua crisi*, in ID., *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, 1931, 69-86 ed in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 87 e ss.

[3] Come evidenziato dalla dottrina, d'altro canto, i diritti politici sono connotati da un forte carattere storico che li rende difficilmente analizzabili in un'ottica predefinita di tipo dogmatico (A. BALDASSARE, *Diritti pubblici oggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, *ad vocem*; G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, *ad vocem*; un ulteriore problema è costituito dalla definizione della stessa categoria dei diritti politici: cfr. G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in AIC, *Annuario 1999: La Costituzione Europea*, Padova, 2000.

[4] Tant'è che, già nella realtà politica greca, l'analisi del principio di eguaglianza del diritto di voto può essere declinata sia nel confronto tra il ristretto corpo del *demos* che partecipava alla vita politica, sia guardando, all'interno di esso, al peso dei rispettivi componenti. Per questi ultimi, se da una parte vigeva il principio della *isegoria* (eguale possibilità di prendere la parola), dall'altra esistevano prassi consolidate che limitavano di fatto gli interventi dei partecipanti all'assemblea; cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1317, 1318 a) e b); cfr. M.I FINLEY, *La democrazia degli antichi e dei moderni* (1972), Roma-Bari, 1997, il quale ricorda come gli scrittori greci usassero talvolta «come sinonimo di "democrazia" il termine *isegoria*, il diritto universale di parlare nell'Assemblea» (19).

all'art. IX, prevedeva: «tutti gli abitanti di questa repubblica, che hanno quelle qualifiche che essi stabiliranno mediante il loro sistema di governo, hanno *eguale diritto di eleggere ufficiali e di essere eletti ai pubblici impieghi*» [5].

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino (26 agosto 1789), da questo punto di vista, rimaneva caratterizzata dalla ambiguità propria della Francia rivoluzionaria [6]. Se da un lato, infatti, «gli uomini nascono e rimangono liberi e eguali nei diritti» (quindi anche in quelli politici), le distinzioni sociali sono ammissibili se fondate sul bene comune (art. 1, II comma).

Lo stesso art. 6 della Dichiarazione, chiamato a disciplinare i diritti politici, nell'affermare che «la legge è l'espressione della volontà generale» e nel riconoscere a tutti i cittadini il diritto di concorrere (personalmente o per mezzo dei propri rappresentanti) alla sua formazione, non esprimeva espressamente il principio dell'eguaglianza del voto. A dir meglio, l'eguaglianza era riconosciuta espressamente solo per l'elettorato passivo, perché si prevedeva che «tutti i cittadini, essendo eguali ai suoi occhi [della legge], sono egualmente ammissibili a tutte le dignità, posti e impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senz'altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti» [7] e non anche per quello attivo.

L'elaborazione filosofica e politica dell'eguaglianza del diritto di voto è stata lenta e faticosa per tutto il periodo che va dal XVIII secolo fino al XX secolo.

Da una parte vi era chi, come Rousseau [8], non tardava a ricordare che, dopo il contratto sociale, gli uomini «potendo per natura trovarsi ad essere diseguali per forza o per ingegno, diventano tutti eguali per convenzione e di diritto» [9]. Allo stesso tempo, vi era chi, al contrario, rifiutava il principio di egua-

---

[5] Resta il dato, in ogni caso, che non in tutte le colonie si manifestò questa attenzione all'eguaglianza del voto e che la stessa Costituzione degli Stati uniti d'America, nata povera di diritti, se ne dotò non una serie di emendamenti (1804, 1870, 1920, 1964, 1971).

[6] L'esperienza rivoluzionaria francese, in relazione alla vicenda storica dei diritti politici, è definita da E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto*, Torino, 2001, come la «prima fiammata» (11).

[7] Conferma di questa contraddizione, d'altronde, proviene dalle divergenti formulazioni delle Costituzioni rivoluzionarie e in particolar modo, da quelle della costituzione del 1791, Titolo III, sez. II,. art. 1 e sez. III, art. 1.

[8] Sul problema della valutazione dell'influenza del pensiero di Rousseau sulla Dichiarazione, cfr. G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), Roma-Bari, 2002, 7-9.

[9] J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Roma-Bari, 33. Il favore di Rousseau per l'eguaglianza dei diritti politici emerge in diversi punti della sua opera; egli critica i corpi intermedi («per avere la schietta enunciazione della volontà generale è dunque importante che nello Stato non ci siano società parziali e che ogni cittadino pensi solo con la propria testa», altrimenti «non ci sono più tanti votanti quanti sono gli uomini, ma solo quante sono le associazioni» (41); il sovrano, che «conosce solo il corpo della nazione senza distinguere nessuno dei singoli che la compongono» (45) compie un atto di sovranità, ossia «una convenzione tra il corpo e ciascuno

glianza del voto. Tale disuguaglianza si sarebbe dovuta concretizzare, secondo Montesquieu, non solo facendo una distinzione tra chi deve avere il diritto di voto e chi deve esserne invece privato [10], ma anche all'interno della cerchia degli elettori [11]. Tant'è che per Montesquieu il potere legislativo deve essere affidato e al corpo dei nobili e al corpo che sarà scelto per rappresentare il popolo, «ciascuno dei quali avrà le proprie assemblee e le proprie deliberazioni a parte, e vedute e interessi distinti» [12].

Né lo Stato «modernamente inteso» [13], dunque, né quello moderno sono caratterizzati dalla certezza di aver acquisito l'eguaglianza del diritto di voto, sia sotto il profilo esterno che interno, sia formale che sostanziale.

---

dei suoi membri» (45); con esso si obbligano «ciascuno verso tutti e tutti verso ciascuno» (46); il corpo politico, nato dal patto sociale, tramite la legislazione assume movimento e volontà (51) e siamo in presenza di una legge solo nel momento in cui «tutto il popolo delibera su tutto il popolo»; proprio «il popolo sottomesso alle leggi deve esserne l'autore: solo a coloro che si associano spetta di stabilire le condizioni della società» (55). Similmente, la battaglia di SEYES, *Saggio sui privilegi e che cos'è il terzo Stato*, Roma, 1972, 21, contro il privilegio (la cui essenza «risiede nel derogare al diritto comune»), secondo il quale, «i privilegiati non hanno nessun diritto a che la volontà comune si interessi dei loro privilegi» (126).

[10] Scrive MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1999, 313, «tutti i cittadini, dei vari distretti, devono avere il diritto di dare il loro voto per scegliere il rappresentante, eccetto quelli che sono in uno stato di inferiorità tale da esser reputati privi di volontà propria».

[11] Come scrive MONTESQUIEU, *op. cit.*, «ci sono sempre, in uno Stato, persone che si distinguono per la nascita, la ricchezza o gli onori; ma qualora venissero confuse con il popolo e non avessero che un voto come gli altri, la libertà comune sarebbe la loro schiavitù, ed esse non avrebbero nessun interesse a difenderla, perché la maggior parte delle risoluzione sarebbe contro di loro» (313-314). Simile ciò a quanto scritto da ARISTOTELE, *Politica*, secondo il quale «nelle democrazie i poveri [sono] più potenti dei ricchi» (1317b, 5) perché in democrazia «bisogna prendere una decisione in rapporto alla consistenza delle sostanze» (1317b, 20).

[12] MONTESQUIEU, *op. cit.*, 314. D'altronde, «il grande vantaggio dei rappresentanti è che sono capaci di discutere gli affari. Il popolo non vi è per nulla adatto, il che costituisce uno dei grandi inconvenienti della democrazia» (312-313). Simile ciò a quanto scritto da PLATONE, *Politico*, («che una moltitudine di uomini, quali che siano, non riuscirà mai ad acquisire questo tipo di scienza [regale e politica] e a dirigere con intelligenza una città»), 279 e ma anche 303a), 305e.

[13] Con tale espressione si intende lo Stato «così come si presenta nell'era moderna e non ci si vuole riferire al cosiddetto «Stato moderno», che costituisce solo una tra le forme recenti assunte dallo Stato, per effetto della rivoluzione borghese alla fine del sec. XVII, in Inghilterra, e del sec. XVIII in America e in Francia: caratterizzata da uno speciale contenuto ideologico e dalle connesse strutture istituzionali; lo Stato moderno come Stato «rappresentativo», «costituzionale» o «Stato di diritto» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, 52-53). Come ricorda G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, «essendo a dunque un prodotto dell'età moderna, i termini Stato e Stato moderno potrebbero coincidere. Avvertiamo tuttavia fin d'ora, a scanso di equivoci, che la espressione Stato moderno viene di solito riferita solo all'ultima forma assunta dallo Stato nei tempi più prossimi a noi e in particolare dopo la rivoluzione francese; e per conformarci all'uso, indicheremo anche noi per «Stato moderno» solo quest'ultimo e più recente, il quale è infatti realmente solo una sottospecie dello

Per questo, non sempre in modo parallelo, il principio di eguaglianza si impone sia sul lato esterno (suffragio universale) [14] che interno (eguaglianza del voto); quest'ultimo, in particolar modo, compare in diverse occasioni nella storia dell'ottocento, ma spesso connotato da una portata rivoluzionaria [15] e anche quando è formalmente scritto in norme costituzionali (Statuto Albertino [16] soffre in termini di concretizzazione legislativa.

È solo nel corso del secolo XX, quindi, che il principio dell'eguaglianza del diritto di voto (sia interno che esterno) si è, invece, diffusamente affermato e, in maniera più salda, nei testi costituzionali, ma anche in una serie di atti internazionali, quali la Dichiarazione universale dei diritti umani (1948) [17] ed il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 [18]; nonché, da ultimo, nella dimensione comunitaria [19].

---

Stato in genere» (5); cfr., inoltre, J.A. MARAVALL, *Le origini dello Stato moderno* (1961), in E. ROTELLI-P. SCHIERA (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I, Bologna, 1971, 69-90.

[14] Per una ricostruzione dell'affermazione del suffragio universale maschile e femminile, cfr. F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, 1981.

[15] La Costituzione romana del 1849 prevedeva, tra i principi fondamentali, che «La sovranità è per diritto eterno nel popolo. Il popolo dello Stato Romano è costituito in repubblica democratica» (I), che «Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta» (II); che «Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici» (VII); infine, l'art. 17 prevedeva che «Ogni cittadino che gode i diritti civili e politici a 21 anni è elettore, a 25 è eleggibile».

[16] L'art. 24 prevedeva che «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi».

[17] L'art. 21 recita, al 1° comma, che «Ogni individuo ha diritto di partecipare al governo del proprio paese, sia direttamente, sia attraverso rappresentanti liberamente scelte»; al 2° comma, che «Ogni individuo ha diritto di accedere in condizioni di eguaglianza ai pubblici impieghi del proprio paese»; al 3° comma che «La volontà popolare è il fondamento dell'autorità di governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione».

[18] L'art. 25 del Patto, adottato dall'Assemblea Generale il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976, prevede che «Ogni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità, senza alcuna delle discriminazioni menzionate all'art. 2 e senza restrizioni irragionevoli: a) di partecipare alla direzione degli affari pubblici, personalmente o attraverso rappresentanti liberamente scelti; b) di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni veritiere, periodiche, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori; c) di accedere, in condizioni generale di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio paese».

[19] Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nel Titolo V (Cittadinanza), all'Art. II-99 (Diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo), prevede che «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato (I comma); inoltre, «I membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale diretto, libero e segreto (II comma). L'art. II-100 (Diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali), prevede che «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali

## 3. *La Costituzione, l'eguaglianza del diritto di voto attivo e le elezioni regionali*

### 3.1. *Principio di eguaglianza e titolarità del diritto di voto attivo*

La Costituzione repubblicana, dopo la tragica vicenda del fascismo, ha finalmente posto le basi per la costruzione di un ordinamento giuridico informato al principio democratico in un'ottica pluralista [20]. L'affermazione che «la sovranità appartiene al popolo che la esercita nei modi e nelle forme previste dalla Costituzione» ha consacrato, anche nel nostro Paese, la transizione della sovranità dallo Stato al popolo [21].

Non tutto l'intero popolo, tuttavia, concorre in concreto all'esercizio della sovranità popolare, ma solo coloro che possiedono la qualifica di elettori [22]; il corpo elettorale, in ogni caso, altro non è che «il popolo stesso o, meglio, una sua «parte qualificata» – ma non distinta – del popolo, una delle forme in cui il popolo si organizza per esercitare la sua sovranità» [23]; esso è, in sostanza, «l'organizzazione legale del popolo» [24].

Alla definizione del «corpo elettorale» provvede, innanzi tutto, l'art. 48, 1° comma, Cost., in base al quale «sono elettori tutti i cittadini che hanno raggiunto la maggiore età».

La dottrina, come noto, si è divisa nel sostenere, da una parte, che il diritto in questione sia concesso direttamente dalla Costituzione [25]; dall'altra, nel ritenere che il 1° comma dell'articolo non attribuisca direttamente il diritto di elettorato attivo, ma conferisca al cittadino la «capacità giuridica elettorale», ossia l'attitudine (e la pretesa) a far parte del corpo elettorale (secondo quanto

---

nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato»; cfr. G. FERRARA, *I diritti politici …*, cit., *passim*; E. GROSSO, *Titolarità …*, cit., 58 ss.

[20] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 8-11.

[21] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1979; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, vol. I, 421 e ss.; G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, 3; M. LUCANI-M. TOGNA, *Italie*, *Table Ronde Constitution et élections*, in *Annaire international de justice constitutionelle*, XIX, 2003, 201 ss.

[22] Come ricorda C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1927), Milano, 1984, 313, ogni costituzione democratica presuppone un popolo «capace di agire politicamente»; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico …*, cit., 421 ss.

[23] T. MARTINES, *Commento artt. 56-58*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1984, 75.

[24] V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici per V.E. Orlando*, Padova, 1957, 441.

[25] Cfr. G. FERRARI, *Elezioni*, *teoria generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 638; nonché Corte cost., sent. n. 240/1974.

stabilito dalla legge) e ad essere iscritto (con atto dichiarativo) nelle liste elettorali.

L'ultimo comma dell'art. 48 Cost., infatti, prevede una riserva di legge alla quale spetta di definire (sia con riguardo ai casi di incapacità civile e di sentenza penale irrevocabile, dove la riserva è implicita, sia a quelli di indegnità morale dove, invece, la riserva è espressa), il «corpo elettorale» della Repubblica [26] all'interno dei cittadini maggiorenni [27].

A giudizio della Corte costituzionale, i casi di riserva di legge presenti nella Costituzione non devono essere interpretati necessariamente a favore della sola legge statale, perché anche quella regionale è legittimata, qualora competente, ad intervenire [28].

Nonostante ciò, quelle dell'ultimo comma dell'art. 48 Cost. sono da intendersi come riserve a favore della legge del Parlamento. Tale disciplina legislativa, infatti, attiene alla definizione del «corpo elettorale» ossia dei cittadini che, titolari del diritto di voto, esercitano in concreto la sovranità po-

---

[26] La quale, ai sensi dell'art. 114 Cost., è «costituita da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato»; cfr. M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della legge cost. n.3/2001*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*; F. PIZZETTI, in *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico esploso*, in *Le Regioni*, 2001, 1153 e ss.; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1226; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, 30 ss.; A. CHIAPPETTI, *Il rebus del federalismo all'italiana*, Torino, 2004, 63 ss.

[27] Per questo, il d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223 (e succ. mod.) prevede, in attuazione dell'ultimo comma, dell'art. 48 Cost., che non abbiano diritto di voto (l'espressione utilizzata è «non sono elettori») alcune specifiche categorie di soggetti (art. 2). L'art. 2 recita: «Non sono elettori: a) coloro che sono stati dichiarati falliti finché dura lo stato di fallimento, ma non oltre cinque anni dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento; b) coloro che sono sottoposti, in forza di provvedimenti definitivi, alle misure di prevenzione (…) finché durano gli effetti dei provvedimenti stessi; c) coloro che sono sottoposti, in forza di provvedimenti definitivi, alle misure di sicurezza detentive o alla libertà vigilata o al divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province, a norma dell'art. 215 c.p., finché durano gli effetti dei provvedimenti stessi; d) i condannati a pena che importa la interdizione perpetua dai pubblici uffici; e coloro che sono sottoposti all'interdizione temporanea dai pubblici uffici, per tutto il tempo della sua durata». Con eccezione di quanto previsto dalla XII, 2° comma, e XII, 1° comma, disposizione trans. e finali della Costituzione; la prima delle quali recita: «in deroga all'art. 48, sono stabilite con legge, per non oltre un quinquennio dalla entrata in vigore della Costituzione, limitazioni temporanee al diritto al voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista»; la seconda, che prescriveva che «i membri e i discendenti di Casa Savoia non sono elettori e non possono ricoprire uffici pubblici né cariche elettive», è stata abrogata con la legge cost. n. 1/2002.

[28] Cfr. tra le tante, sentt. nn. 64/1965, 154/1980; è altrettanto noto come il nuovo testo del Titolo V della Costituzione accresca i titoli d'intervento della legge regionale perché amplia le materie di competenza legislativa delle Regioni, introduce il criterio di residualità a vantaggio di quest'ultime (art. 117 Cost.) e rompe l'identità dei termini Stato e Repubblica (art. 114, Cost.).

polare [29]; infrazionabile è il popolo ed unico il corpo elettorale che da esso emerge per proiettare sull'intero ordinamento repubblicano la sovranità popolare [30].

È evidente, infatti, che la legge statale nel definire la titolarità dei diritti politici, riempie di contenuto (necessariamente unitario) la stessa cittadinanza, intesa quale «condizione giuridica di un gruppo delle persone appartenenti allo Stato, e precisamente di quelle che in esso sono titolari di particolari diritti ed obblighi fra i quali primeggiano i cosiddetti diritti politici e l'obbligo di effettuare determinate prestazioni» [31].

Tanto è che la disciplina dell'elettorato attivo per tutte le elezioni dei diversi livelli di governo (fatta eccezione per la normativa comunitaria) è statale e si limita a ripetere per ciascun livello di governo (elezioni regionali, provinciali, comunali, circoscrizionali ed europee) quali sono i soggetti che compongono l'elettorato attivo [32].

Il fatto che, in questo caso, ci troviamo di fronte ad una riserva di legge statale è affermato perentoriamente anche dalla Corte costituzionale che, in diverse occasioni, ha riservato alla esclusiva competenza della legge statale la disciplina relativa alla titolarità del diritto di voto [33].

L'elemento principale che emerge da queste pronunce è che le leggi statali (che «sono leggi di attuazione della Costituzione» [34] sono le uniche che garantirebbero «l'unità politica dello Stato» [35]. Per la Corte, infatti, «è ovvio che se

---

[29] T. MARTINES, *Commento …*, cit., secondo il quale il termine «limitare» utilizzato al 3° comma, dell'art. 48 Cost. è ambiguo, ma deve essere interpretato come «non attribuire» o «privare» del diritto di voto (61); *contra*, G. FERRARI, *Elezioni …*, cit., 638.

[30] Cfr. Corte cost., sent. n. 496/2000, con riguardo all'unicità ed unitarietà del popolo («è innanzitutto evidente che laddove il popolo, in sede di revisione, può intervenire come istanza ultima di decisione e nella sua totalità, esso è evocato dalla legge regionale nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione e vi fossero invece più popoli»), nonché la sent. n. 106/2002, dove la Corte costituzionale nega che «vi siano luoghi o sedi dell'ordinamento costituzionale nella quale essa [ossia la sovranità popolare] si possa insediare esaurendosi».

[31] G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 140; cfr. G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, *in Dir. pubblico*, 2000, 751 e ss.

[32] Cfr. leggi nn. 108/1968, 43/1995; 19/1979 e succ. mod. (leggi nn. 78 e 90/2004), d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 e succ. mod.

[33] Oltre i casi citati, la Corte e la dottrina si sono occupate anche della riserva di legge di cui al 3° comma, dell'art. 48 Cost. relativamente alle fattispecie oggetto della disciplina: G. FERRARI, *Elezioni …*, cit. Corte cost., sent. n. 43/1970, relativamente alla differenza tra la condizione del fallito rispetto a quella dell'insolvente.

[34] Corte cost., sent. n. 26/1965.

[35] Il riferimento all'unità politica dello Stato riecheggia le parole di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione …*, cit., *passim*.

fosse consentito alle Regioni di emanare norme che sanciscano privilegi in materia di diritti politici, la rivalità tra le Regioni potrebbe divenire la regola di questi rapporti, con pregiudizio della stessa unità politica dello Stato» [36].

In alcune occasioni, inoltre, la Corte costituzionale ha anche sottolineato che l'art. 48 Cost. possiede una portata generale con riguardo a tutti i momenti elettorali che si consumano all'interno della Repubblica [37], non solo per la definizione unitaria del «corpo elettorale» (unitamente alla legge statale), ma anche per le caratteristiche del voto che, come inevitabilmente ribadiscono le leggi statali [38], è «personale, uguale, libero e segreto».

In base a questa giurisprudenza, quindi, le Regioni (sia ordinarie che speciali), non hanno alcuna possibilità di incidere sulla definizione del corpo elettorale, ossia sulla titolarità del diritto di voto attivo per le elezioni regionali, né prima, né dopo la riforma del Titolo V [39].

Nonostante il nuovo riparto delle competenze legislative di cui all'art. 117 Cost. e le nuove previsioni di cui agli artt. 122-123 Cost. [40], infatti, non sembra che gli enti territoriali autonomi abbiano conquistato un titolo per intervenire in materia, ossia per definire i soggetti titolari del diritto di voto a livello regionale.

---

[36] Sent. n. 105/1957.

[37] In questo senso, F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, 1120-1122; B. CARAVITA, *Del condono e altro ancora: solo la Corte è in grado di esprimere saggezza istituzionale?*, in *federalismi.it*, n. 14, 2004, 3; diversamente, E. ROSSI, *Principi e diritti nello Statuto. I rapporti con la società civile*, in T. GROPPI-E. ROSSI-R. TARCHI (a cura di), *Idee e proposte per il nuovo Statuto della Toscana*, Torino, 2002, 52. Cfr. Corte cost., sentt. nn. 96/1968 e 183/1981. Nella prima delle due pronunce, relativamente ad una elezione di secondo grado, si legge: «in materia di elettorato attivo l'art. 48, 2° comma, Cost., ha, poi, carattere universale ed i principi, con esso enunciati, vanno osservati in ogni caso in cui il relativo diritto debba essere esercitato»; nel caso di specie (voto plurimo riconosciuto ad un rappresentate eletto dal popolo all'interno di un collegio di secondo grado), «è evidente che il principio di eguaglianza, affermato dall'art. 48 Cost., si ricollega a quello più ampio affermato dall'art. 3. Cosicché, quando nelle elezioni di secondo grado l'elettorato attivo è attribuito ad un cittadino eletto dal popolo in sua rappresentanza, non contrasta col principio di eguaglianza, ma anzi visi conforma, la norma che faccia conto del numero di elettori che gli conferiscono il proprio voto, e con esso la propria fiducia»; nella sent. del 1981, inoltre, si definisce la previsione costituzione (con riferimento, però, al 3° comma, dell'art. 48, Cost.) come «generalissima» nel senso della portata.

[38] Cfr. l'art. 1, 1° comma, del T.U. delle leggi elettorali (d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 e succ. mod.); l'art. 1, legge n. 108/1968 (Norme per la elezione dei Consigli delle Regioni a statuto ordinario); l'art. 1, 1° comma, legge n. 43/1995 (Nuove norme per la elezione dei Consigli delle Regioni a statuto ordinario); l'art. 1, legge n. 18/1979 e succ. mod. (Elezioni dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo).

[39] Tale vincolo si estende, quindi, anche alla disciplina del diritto di voto per i referendum regionali *ex* art. 123 Cost., siano essi consultivi o abrogativi, nonché alla regolamentazione del diritto di iniziativa legislativa da parte degli elettori.

[40] In particolar modo, artt. 117, 122 e 123, Cost.

Il nuovo riparto di competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, cioè, non permette a quest'ultime di incidere sulla titolarità del diritto di voto [41]; anzi, è lo stesso art. 117 Cost. che conferma quanto già visto. Le Regioni, infatti, non possono ampliare la cerchia della cittadinanza, né incidere sul requisito della maggiore età, per il fatto che la loro definizione è di competenza esclusiva della legge dello Stato, perché sia la cittadinanza (espressamente alla lett. *i*) [42], che la determinazione della maggiore età (ordinamento civile) [43] rientrano tra le materie dell'art. 117, 2° comma, Cost.

In questo senso, d'altronde, si è espressa anche di recente la Consulta che, chiamata a giudicare alcune disposizioni del nuovo Statuto della Regione Emilia Romagna relative ai diritti di partecipazione, ha fatto salve le previsioni statutarie per «l'insussistenza di una attuale pretesa della Regione di intervenire nella materia delle elezioni statali, regionali e locali, riconoscendo il diritto di voto a soggetti estranei a quelli definiti dalla legislazione statale, od inserendo soggetti di questo tipo in procedure che incidono sulla composizione delle assemblee rappresentative o sui loro atti» [44].

### 3.2. *Una vicenda particolare: il referendum impossibile sullo Statuto della regione Puglia*

Tuttavia, in questa sede merita di essere ricordata la vicenda relativa ai referendum regionali sugli statuti previsti dall'art. 123 Cost., in forza del quale, come noto, è possibile richiedere referendum sulla deliberazione statutaria regionale. In questo contesto, ciascuna Regione è tenuta (come implicitamente si deduce dalla disposizione costituzionale) a dotarsi della disciplina (legislativa)

---

[41] Per questa impostazione, pur su profili diversi, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza, parere del 28 luglio 2004, n. 8007 (*www.federalismi.it*).

[42] Inoltre, sempre secondo l'art. 117, 2° comma, Cost., allo Stato spetta anche la potestà legislativa esclusiva in tema di «diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea» (lett. *a*) e di «immigrazione» (lett. *b*); infine, non si può prescindere dall'impatto del diritto comunitario in materia (cfr., M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Padova, 1997; F. CERRONI, *La cittadinanza e i diritti*, in P. RIDOLA-R. NANIA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 209 ss.).

[43] Come prevede l'art. 2, c.c. recante la rubrica «Maggiore età. Capacità di agire», «La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa». Ricordiamo che la legge n. 39/1975 ha modificato la maggiore età portandola da 21 a 18 anni.

[44] Corte cost., sent. n. 379/2004. Continua la pronuncia: «al tempo stesso, invece, resta nell'area delle possibili determinazioni delle Regioni la scelta di coinvolgere in altre forme di consultazioni o di partecipazione soggetti che comunque prendano parte consapevolmente e con almeno relativa stabilità alla vita associata, anche a prescindere dalla titolarità del diritto di voto o anche dalla cittadinanza italiana».

necessaria [45] affinché si possa tenere l'eventuale referendum sullo Statuto, prima della riforma (parziale o totale) di quest'ultimo.

Pur non incidendo sulla titolarità del diritto di voto per il referendum, la disciplina regionale si presenta come la premessa necessaria affinché esso possa essere esercitato dagli elettori residenti nei Comuni della Regione.

Ciononostante, la Regione Puglia, a differenza di altre Regioni (Emilia Romagna [46], Toscana [47], Umbria [48], Abruzzo [49], ha adottato il nuovo statuto regionale senza dotarsi della disciplina relativa al referendum statutario [50].

---

[45] Un primo profilo problematico consiste nella individuazione della fonte regionale competente. Ai sensi dell'art. 123 Cost., infatti, il referendum è materia di competenza dello Statuto, tuttavia, non è possibile che la disciplina del referendum statuario sia contenuta nell'atto oggetto dello stesso referendum che, in ogni modo, non entra in vigore prima della consultazione regionale. Le soluzioni potrebbero essere due: o si adotta una delibera statutaria parziale relativa solo alla disciplina del referendum statutario ovvero si adotta una legge regionale. La prima soluzione incontra l'ostacolo che, anche per quella delibera statutaria sarebbe necessario permettere la richiesta di referendum (cfr. Corte cost., sentt. nn. 304 e 306/2002); la seconda, invece, che una fonte legislativa sarebbe incompetente. Sembra da preferirsi l'opzione della legge regionale, come è stato fatto nella prassi senza che le leggi fossero impugnate dal Governo davanti alla Corte costituzionale. Su questo profilo, cfr. le riflessioni di A. RUGGERI *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione*, *con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in AA.VV., *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, Milano, 2002, 108 e ss. e diversamente, A. FERRARA, *Chi ha paura degli Statuti regionali?*, in *federalismi.it*, ritiene l'adozione di questa disciplina regionale «un adempimento direttamente attuativo della Costituzione» (4).

[46] La Regione Emilia Romagna ha adottato il proprio statuto in seconda lettura in data 14 settembre 2004, mentre la legge regionale sul referendum statutario risale al 25 ottobre del 2000 (n. 29).

[47] La Regione Toscana ha approvato la legge sul referendum statutario prima dell'approvazione dello Statuto; la legge reg. 17 gennaio 2003, n. 6, infatti, ha preceduto di molto l'entrata in vigore dello Statuto, che è stato approvato in prima lettura il 6 maggio 2004, in seconda il 19 luglio 2004. Impugnato dal Consiglio dei ministri (3 agosto 2004), è stato oggetto della sent. n. 377/2004 della Corte cost., ed è entrato in vigore il 12 febbraio 2005. Anche la legge elettorale regionale è stata adottata prima dello Statuto (legge 13 maggio 2004, n. 25) nonché prima della legge quadro statale n. 165/2004.

[48] La legge regionale umbra sul referendum statutario è stata approvata il giorno prima della seconda approvazione del nuovo testo dello Statuto regionale (avvenuta il 29 luglio 2004). Come noto, il 3 settembre 2004 il Governo ha impugnato o statuto umbro e la Corte cost. si è pronunciata sulla questione nella sent. n. 379/2004. Anche le Regioni Piemonte, Marche, Lazio e Calabria (non destinatarie di impugnativa del Governo) hanno adottato i nuovi Statuti dopo essersi dotati della legge sul referendum statutario, il Piemonte ha adottato la legge sul referendum il 13 ottobre 2004 (n. 22) e lo Statuto in seconda lettura il 19 novembre 2004; il Lazio la legge reg. porta la data del 3 agosto 2004, mentre lo Statuto è stato promulgato l'11 novembre 2004; la Calabria ha adottato sia il primo che il secondo statuto regionale dopo che, con la legge reg. 10 dicembre 2001, n. 35.

[49] La legge regionale abruzzese sul referendum statutario è la 23 gennaio 2001, n. 5, mentre lo Statuto (in una prima versione, impugnata dal Governo innanzi alla Corte costituzionale) è stato approvato in prima lettura il 20 luglio 2004 ed in seconda il 21 settembre 2004. In pen-

A difesa del grave inadempimento della Regione Puglia [51] non vale sostenere il fatto che siano stati fatti decorrere i tre mesi di tempo tra la pubblicazione e la promulgazione al fine di consentire l'attivazione delle procedure per la richiesta di referendum; durante questo periodo di tempo, infatti, non sarebbe stata applicabile per analogia la disciplina regionale relativa a referendum regionali di diverso tipo oppure quella statale [52].

D'altronde, la stessa cosa era già accaduta per la Regione Marche che aveva adottato una modifica parziale dello Statuto. In quell'occasione, era ancora assente una disciplina legislativa regionale sul referendum statutario (legge regionale 23 dicembre 2002, n. 28) e il problema, sollevato dalla dottrina, perse di rilevanza dopo le pronunce (di accoglimento) della Corte costituzionale sulle delibere statuarie [53].

Oggi, a differenza di allora, il caso della Regione Puglia sembra essere più grave in relazione al fatto che si tratta di una deliberazione statutaria complessiva [54] (e non – come allora – di una semplice revisione parziale).

A nostro sommesso parere, il Governo avrebbe dovuto impugnare lo Statuto regionale pugliese innanzi alla Corte costituzionale proprio perché tale difetto rendeva *in nuce* non esercitabile il diritto di voto da parte degli elettori residenti nella Regione violando in maniera palese il principio dell'eguaglianza del diritto di voto: solo perché residenti in Puglia, infatti, quegli elettori sono stati discriminati rispetto a quelli residenti nelle altre Regioni.

---

denza del giudizio innanzi alla Corte costituzionale, il Consiglio regionale ha approvato (9 novembre 2004) un nuovo testo dello Statuto in prima lettura corretto secondo i motivi di impugnazione del Governo.

[50] Lo stesso Statuto, all'art. 17, prevede che «La legge regionale stabilisce le modalità di svolgimento del referendum».

[51] La Regione Liguria ha adottato in seconda lettura il nuovo statuto il 28 settembre 2004, mentre la legge regionale sul referendum statuario è di poco successiva, ossia è la n. 31 del 24 dicembre 2004.

[52] In questo senso, A. FERRARA, *Chi ha paura …*, cit., 5-6. Non è neanche possibile aggirare l'ostacolo del referendum statutario come accadde con riguardo ai referendum di cui all'art. 138 della Costituzione. Allora,infatti, in attesa della legge che disciplinasse l'istituto, le forze politiche approvarono solo leggi costituzionali con maggioranze superiori ai 2/3 per evitare il referendum: qui, infatti, il referendum statutario è attivabile indipendentemente dalle maggioranze consiliari.

[53] Sentenze nn. 304 e 305/2002; cfr. A. FERRARA, *La «questione Marche»: il referendum dimenticato e il ricorso anticipato*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[54] Sull'importanza del referendum statutario, cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Prima sezione (12 gennaio 2005) nn. 12054/2004 e 12036/2004 in merito agli effetti delle sentenze della Corte costituzionale sugli Statuti delle Regioni Emilia Romagna ed Umbria. Nei pareri in questione, infatti, il CdS ritiene che, in seguito alle sentenze di accogliemmo della Corte costituzionale, non sia possibile il referendum sul testo statutario originario.

Così, purtroppo non è stato: il Governo ha ricorso contro (quasi) tutti gli altri statuti regionali per i più diversi motivi [55], ma non lo ha fatto contro quello pugliese [56].

### 3.3. *Principio di eguaglianza ed esercizio del diritto di voto attivo*

A questo punto, è necessario analizzare il problema dell'eguaglianza del diritto di voto guardando al rapporto che sussiste tra i titolari del diritto medesimo.

Come noto, la Costituzione vieta sia il voto multiplo che il voto plurimo [57]. Tuttavia, a prescindere da questi profili di eguaglianza formale, parte della dottrina ha proposto anche una lettura sostanziale del principio dell'eguaglianza del voto, ossia ha teorizzato che esso debba essere tutelato (o comunque studiato) anche sotto il profilo dell'efficienza del singolo voto nel momento elettorale. Questa dottrina ha posto in evidenza la differenza tra eguaglianza del «peso del voto» «in entrata» e «in uscita» [58].

È evidente, infatti, che la capacità del singolo elettore di influenzare la decisione della singola elezione può essere maggiore o minore a seconda (tra gli altri) di alcuni fattori, quali il sistema elettorale inteso in senso stretto (ossia la formula elettorale), il rapporto numerico tra elettori e rappresentanti da eleg-

---

[55] Ricordiamo che le Regioni che, alla data del 7 marzo 2005, si sono dotate di un nuovo Statuto sono: Puglia, Lazio, Piemonte e Marche (non impugnati dal Governo), Toscana (impugnato dal Governo, ma la questione è stata respinta dalla Corte costituzionale), Calabria (si tratta del secondo statuto regionale, perché il primo è stato oggetto di una sentenza di accoglimento della Corte cost., n. 2/2004); hanno approvato il nuovo Statuto anche Emilia Romagna ed Umbria, tuttavia la Corte costituzionale ha annullato parti dei rispettivi Statuti e quindi, si è reso necessario un nuovo iter statutario; vicende a parte sono quelle della Liguria e dell'Abruzzo. La prima, infatti, ha adottato il nuovo statuto una prima volta e tale testo è stato impugnato innanzi alla Corte costituzionale; nel frattempo, prima che la Corte si sia pronunciata, il Consiglio regionale ligure ha adottato un nuovo (il secondo) Statuto; anche l'Abruzzo si è dotato di un primo statuto, ma, in seguito ad impugnativa del Governo, ne ha adottato (ma solo in prima lettura) un altro. Ancora fermo, invece, l'iter delle Regioni Lombardia, Veneto, Basilicata, Molise e Campania (quest'ultima alla prima lettura).

[56] Le soluzioni da applicare al caso di specie, a questo punto, potrebbero essere diverse: ad esempio, si potrebbe sostenere che, una volta adottata la legge sul referendum statutario, si debba ricorre ad una nuova pubblicazione dello Statuto ai fini della decorrenza dei termini per la richiesta di referendum, cfr. A. FERRARA, *Chi ha …*, cit., il quale pone in evidenza un diffuso stato di avversione nei confronti dell'istituto referendario regionale.

[57] La Corte costituzionale ha confermato che il principio di eguaglianza del diritto di voto comporta che debbano «essere assicurati sempre la pari capacità elettorale e l'eguale valore numerico di ciascun voto» (sent. n. 429/1995).

[58] Cfr. G. FERRARA, *Democrazia e Stato nel capitalismo maturo*, in *Democrazia e diritto*, 1979, 575 e ss., ID., *Gli atti costituzionali*, Torino, 1999, 29-40.

gere (ossia il costo di un seggio in termini di voti); inoltre, considerato che le cinque Regioni a Statuto speciale hanno la competenza statutaria sulla disciplina dell'elettorato attivo, esse hanno introdotto una normativa che richiede, ai fini dell'esercizio del diritto di voto per le elezioni regionali (e locali), alcuni requisiti specifici, quali – ad esempio – la residenza per un periodo minimo di tempo nel territorio dell'ente (ovvero la nascita nello stesso); è evidente che la richiesta di questi ulteriori requisiti incide sul principio di eguaglianza del diritto di voto attivo.

a) *La formula elettorale e la legislazione di contorno*

Innanzitutto, il principio di eguaglianza del diritto di voto, deve essere analizzato con riguardo a quello che è stato definito il problema del «valore efficiente del voto».

All'inizio dell'esperienza repubblicana, non è mancato chi, tra gli studiosi, ha sostenuto vi fosse una corrispondenza necessaria tra eguaglianza del voto e sistema elettorale proporzionale [59]. Solo grazie a questo sistema elettorale (senza quote di sbarramento e su circoscrizioni ampie), secondo questi studiosi, si sarebbe rispettato il dettato costituzionale che era da ritenersi implicitamente orientato per quel sistema di trasformazione dei voti in seggi [60].

Su questo tema il giudice di legittimità costituzionale si è espresso in numerose occasioni. Con riguardo all'influenza della formula elettorale sull'eguaglianza del voto la Corte ha affermato a più riprese che al momento del voto «i cittadini addivengono in condizioni di perfetta parità, non essendo ammesso né il voto multiplo, né il voto plurimo. Ciascun voto, quindi, nella competizione elettorale contribuisce potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi [ed] il principio dell'eguaglianza non si estende, altresì, al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore». Tale risultato, continua la Corte, «dipende, invece, esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato

[59] G. FERRARA, *Democrazia …*, cit.; C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, 857 e ss.; cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1927), Milano, 1984, 333; Diversamente, M. LUCIANI, *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, in M. LUCANI-M. VOLPI, *Riforme elettorali*, Roma-Bari, 1995, 95-100; ID., *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, 32 e ss., per una riflessione anche in chiave comparata, A. RUSSO, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, Milano, 1998, 15 ss.

[60] Ricordiamo che in sede di Assemblea costituente prevalse la scelta di votare un semplice ordine del giorno a favore del sistema proporzionale per l'elezione dei deputati (era stato già approvato l'o.d. G. Cappi da parte della Commissione dei 75); inoltre, lo stesso emendamento Giolitti, teso a costituzionalizzare il sistema proporzionale, fu respinto. Cfr. L. PRETI, *Diritto elettorale politico*, Milano, 1954, 11-12. Cfr., inoltre, la vicenda politica e la riflessione dottrinaria in merito alla c.d. «legge truffa» del 1953 per le elezioni politiche.

per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari» [61].

Questo indirizzo giurisprudenziale è stato poi confermato da una serie di decisioni della Consulta (sent. nn. 429/1995 e 107/1996). Nella pronuncia n. 356/1998, in particolar modo, si trattava di giudicare della legittimità costituzionale della legge elettorale regionale per l'elezione del consiglio del Trentino Alto Adige. Quest'ultima, infatti, introduceva una quota di sbarramento che la Corte ha fatto oggetto di censura, non perché violasse in astratto il principio della parità del voto [62], ma perché «di ostacolo alla rappresentanza delle minoranze linguistiche in quella Regione e quindi in contrasto con le finalità perseguite dallo Statuto speciale nell'imporre quel sistema elettorale» [63].

Dopo la riforma del Titolo V, va detto che i profili già evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede nazionale si ripropongono anche in sede regionale, con una differenza importante rispetto a prima; oggi, infatti, occorre analizzare l'eguaglianza del diritto di voto, sotto il profilo del «voto in uscita», a livello regionale per ciascuna delle venti Regioni.

---

[61] Corte cost., sent. n. 43/1961; nello stesso senso, sentt. nn. 6, 60, 168/1963, 39/1973, 429/1995, 107/1996, 356/1998, 260/2002, ordinanza n. 160/1996; cfr. anche sent. 438/1993; G. FERRARA, *Gli atti …*, cit., che ricorda come la scelta del sistema elettorale sia «determinata su base essenzialmente politica ed è tra le più politiche delle scelte che si compiono per gli atti costituzionali» (28).

[62] Come ribadisce il Giudice di legittimità delle leggi, infatti, «non si tratta, dunque, né di enunciare valutazioni generali in ordine al sistema proporzionale, quale può essere adottato in altri contesti; né di definire i confini propri di tale sistema considerando quali correttivi possano essere introdotti mantenendosi nell'ambito di un sistema proporzionale; né, infine, di verificare se, o a quale livello, la introduzione di una soglia elettorale ne determini la mutazione di genere. D'altra parte tali correttivi non incidono sulla parità di condizioni dei cittadini e sull'eguaglianza del voto, che non si estende al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore, rimessa ai meccanismi del sistema elettorale determinati dal legislatore».

[63] Da ultimo, in tema di elezioni suppletive per gli ordini professionali, la Corte è ritornata in maniera adesiva sulla propria precedente giurisprudenza. Nella sent. n. 260/2002, infatti, non solo vi è un espresso riferimento espresso al fatto che il principio di eguaglianza del voto «è diretto ad assicurare la parità di condizione dei cittadini nel momento in cui il voto viene espresso, ma non si estende al risultato concreto della votazione, che dipende dalla scelta del sistema elettorale, rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario»; la Corte infatti, analizza, nel caso di specie, la stesa scelta del legislatore, che, come essa stessa ricorda, per superare il vaglio di legittimità costituzionale non deve essere irragionevole. Come recita l'ordinanza in questione, «nel raffrontare il sistema elettorale per liste concorrenti e quello maggioritario plurinominale (...) occorre considerare che sul sostrato di libertà individuale e associativa, che è il comune presupposto di ogni sistema elettorale, si innestano le scelte del legislatore, le quali possono essere orientate a valorizzare il momento organizzativo, conferendo rilievo giuridico alla presentazione delle candidature e alla aggregazione dei candidati in liste, ovvero a confinare tali attività nelle sfera della pura attualità onde esaltare la scelta del singolo elettore, a cui è attribuita la facoltà di indirizzare il numero di voti di cui dispone nei confronti di iscritti all'ordine, che, in quanto tali, hanno titoli e legittimazione ad essere eletti».

Diversamente da quanto accadeva prima della riforma, ciascuna di esse, infatti, è in grado di dotarsi di un proprio diverso sistema elettorale. Per quanto concerne il sistema elettorale (ossia la formula elettorale in senso stretto), come noto, ai sensi dell'art. 122 Cost., «Il sistema di elezione e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi».

Proprio per porre *ex novo* i principi fondamentali in questo settore, è intervenuta la legge quadro statale n. 165/2004 recante «Disposizioni di attuazione dell'art. 122, 1° comma, Cost.» [64].

La normativa statale si è limitata a definire in maniera molto generica i principi fondamentali relativi al sistema di elezione dei consiglieri regionali, nonché del Presidente e dei membri della Giunta. Essa, infatti, prescrive solo l'«individuazione di un sistema elettorale che agevoli la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicuri la rappresentanza delle minoranze».

Per quanto concerne le scelte compiute dalle singole Regioni, dobbiamo ricordare che la Regione Toscana è stata la prima che ha adottato la propria disciplina, ai sensi dell'art. 122 Cost., prima ancora dell'adozione della legge statale [65]. In seguito, si sono dotate della rispettiva normativa primaria le Regioni Lazio, Emilia Romagna, Puglia, Marche, Umbria, Abruzzo, Calabria.

Quello che possiamo segnalare, comunque, è che, nonostante la già citata giurisprudenza costituzionale abbia affermato il principio dell'irrilevanza del principio di eguaglianza per il voto in uscita, la «parità del voto» degli italiani, sotto il profilo sostanziale, si arricchisce di un fattore di potenziale differenziazione. Per cui, è possibile affermare che, guardando all'*efficienza sostanziale del voto*, ci saranno in Italia gli elettori residenti in alcune Regioni che avranno maggiore capacità di incidere sull'esito del voto rispetto agli elettori di altre Regioni.

Un limite a questa «differenziazione del peso del voto» è possibile ricavarlo solo se si percorre la strada di interpretare in senso restrittivo il principio fondamentale stabilito dalla legge quadro statale; come già visto, infatti, esso prescrive che i sistemi elettorali previsti dalle Regioni debbano, allo stesso tempo, garantire la formazione di stabili maggioranze e la rappresentanza delle minoranze. Da ciò, come parte della dottrina ha evidenziato, si potrebbe ricavare il

---

[64] Legge 2 luglio 2004, n. 165, pubblicata nella *G.U.* del 5 luglio 2004, n. 155; per un commento analitico della legge in questione, cfr. B. CAROVITA (a cura di), *La legge quadro per le elezioni regionali*, Milano, 2005.

[65] Legge reg. 13 maggio 2005, n. 25.

divieto di sistemi elettorali completamente maggioritari [66], ma, forse, anche di quelli che si limitino a fotografare un frastagliato sistema politico.

Inoltre, il principio di eguaglianza del «voto in uscita» deve essere analizzato anche con riguardo al rapporto tra gli elettori delle diverse Regioni, in virtù della differenziazione dei sistemi di trasformazione dei voti in seggi.

Un'attenzione particolare merita il tema della legislazione di contorno, quale quella relativa alle agevolazioni per l'esercizio del diritto da parte dei cittadini residenti all'estero che vogliano recarsi nel comune italiano per esprimere il proprio voto [67]. Con riferimento a questo aspetto, devono essere ricordate due pronunce della Corte costituzionale degli anni settanta. Con la prima delle due (la sent. n. 39/1973), il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina primaria della Regione Puglia relativa alle agevolazioni a favore degli elettori pugliesi emigrati all'estero che avessero voluto esprimere il proprio voto per le consultazioni politiche.

In quell'occasione la Corte ha affermato che «in materia di disciplina delle forme e dei limiti dell'esercizio dell'elettorato politico attivo, unico legittimato a provvedere è lo Stato»; ciò è dovuto, non solo nel rispetto dell'art. 117 della Costituzione allora vigente, ma anche perché in tale materia occorre «il più scrupoloso rispetto del principio di eguaglianza». Per questi motivi, quindi, per le elezioni politiche (nazionali) «nessuna potestà legislativa o amministrativa in materia spetta alle Regioni, sia a statuto speciale sia a statuto ordinario e, quindi, non è ammissibile neppure una competenza ad emettere provvedimenti integrativi di quelli statali».

Ben diversa, invece, è stata la decisione della Corte con riguardo ad una legge della Regione Trentino Alto Adige recante provvidenze per favorire la partecipazione degli emigrati alle elezioni regionali (sent. n. 90/1974). In quel caso, infatti, la Corte non dichiarò l'illegittimità costituzionale della legge perché essa si limitava ad incidere solo sulle elezioni regionali senza implicare, quindi, alcuna violazione del principio di eguaglianza nell'ambito del diritto di voto in ambito statale.

b) *La dimensione dei collegi/circoscrizioni elettorali ed il rapporto numerico tra elettori ed eletti*

Un altro aspetto sul quale si è soffermata sia la dottrina che la giurisprudenza costituzionale è quello relativo al principio dell'eguaglianza del voto con riguardo alla dimensione dei collegi e al rapporto numerico tra elettori e soggetti da eleggere [68].

---

[66] S. MANGIAMELI, *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2004.

[67] Tali pronunce, ovviamente, sono precedenti alle leggi costt. nn. 2 e 3/2001.

[68] A. AGOSTA, *Elezioni e territorio: i collegi uninominali tra storia legislativa e nuova discipli-*

È chiaro, infatti, che il voto di un elettore possiede una maggiore capacità di tradursi in rappresentanza nel momento in cui il numero dei soggetti da eleggere nel proprio collegio o nella propria circoscrizione è maggiore rispetto al voto dell'elettore che si trova in un collegio che elegge meno rappresentanti [69].

D'altro canto, la disciplina della definizione dei collegi e delle circoscrizioni elettorali è, sul punto, ben precisa. Ad esempio, la legge statale che regola le elezioni del Parlamento, prevede che la definizione dei collegi maggioritari deve rispettare una oscillazione media della popolazione inclusa [70].

Anche a livello regionale si pone il problema del rispetto del principio dell'eguaglianza del voto sotto l'aspetto del rapporto tra numero degli elettori e numero dei rappresentanti da eleggere, ossia il «costo elettorale» di ciascun eletto.

Prima della riforma del Titolo V, la fissazione del numero dei consiglieri regionali era di esclusiva competenza della legge statale. In questo senso, infatti, la legge n. 108/1968 prevedeva (art. 2) che i Consiglieri regionali fossero 80 per le Regioni con più di sei milioni di abitanti, 60 per quelle sopra i 4 milioni di residenti, 50 per quelle sopra i 3 milioni, 40 nei casi di enti sopra il milioni di abitanti, 30 per le altre.

In realtà questi numeri potevano già essere modificati, in seguito all'adozione della legge statale n. 43/1995. In virtù del complesso meccanismo di trasformazione dei voti in seggi, infatti, per assicurare la maggioranza stabile dei consiglieri alla coalizione di appartenenza al Presidente eletto, la composizione del Consiglio è stata oggetto di modifica (aumento dei consiglieri), sia in Lombardia (1995), che in Abruzzo e Calabria (2000) [71].

Oggi, però, rispetto ad allora, la differenziazione regionale del «costo elettorale» di ciascun eletto si accentuata in relazione alle diverse discipline regionali contenute negli statuti.

Ogni Regione, infatti, ha la possibilità di definire nello Statuto il numero

---

*na elettorale*, in M. LUCANI-M. VOLPI, *Riforme elettorali …*, cit., 117-181; A. RUSSO, *Collegi elettorali …*, cit., il quale evidenzia come il «quoziente di rappresentanza» («determinato dalla relazione che intercorre fra il numero dei seggi che spetta a ciascuna circoscrizione e un parametro di riferimento obiettivo stabilito dall'ordinamento») abbia una funzione strumentale nei confronti dell'eguaglianza del voto e come possa essere diversamente considerato in relazione ad un parametro diversificabile quale la popolazione residente, agli elettori o ai votanti (67-70).

[69] Fatto salvo il diverso grado di astensionismo. Cfr. G. FERRARA, *Gli atti costituzionali …*, cit., 36; E. GROSSO, *Titolarità …*, cit., il quale pone in evidenza il caso del collegio estero per l'elezione di 12 deputati e 6 senatori (153 e ss.).

[70] Cfr. Per il Parlamento nazionale, cfr. leggi 4 agosto 1993, nn. 276-277; d.lgs. 20 dicembre 1993, nn. 535-536 sul punto, cfr. G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, 2004, 168-171.

[71] Cfr. A. CHIAROMONTE-R. D'ALIMONTE, *Il maggioritario regionale*, Bologna, 2000, 77.

dei propri consiglieri regionali, con la conseguenza che tutte le Regioni che hanno adottato il nuovo Statuto ai sensi dell'art. 123 Cost., hanno altresì provveduto ad aumentare il numero dei rispettivi consiglieri di diverse unità [72].

L'esercizio di questa competenza ha prodotto una conseguenza ovvia, ossia che tra le diverse Regioni (meglio, anche tra le diverse province italiane) esiste un differente rapporto tra eletti ed elettori

Si ha, così, che, ad esempio, nella provincia di Perugia si elegge 1 consigliere regionale ogni 33.000 cittadini, mentre in provincia di Massa Carrara il rapporto è 1 eletto ogni 66.000 [73].

In ogni modo, queste considerazioni devono tenere conto anche delle soglie di sbarramento che potrebbero portare ad una ulteriore alterazione del dato. In Toscana, ad esempio, il sistema elettorale prevede una soglia di sbarramento poco selettiva, a differenza di quanto accade in altre Regioni.

A margine di quanto appena visto, dunque, occorre rilevare che il complesso processo di revisione della Costituzione (leggi cost. nn. 1/1999, 2/2001 e 3/2001) ha avuto influenza anche sul principio di eguaglianza del diritto di voto nel nostro Paese. Nonostante, infatti, l'art. 117, 2° comma, lett. *m*), Cost. preveda una distinzione tra livelli essenziali e livelli «non-essenziali» delle prestazioni concernenti i soli diritti civili e sociali (allo scopo di definire le competenze legislative dello Stato e delle Regioni), è evidente che anche i diritti politici subiscono, in qualche modo, l'effetto del nuovo dettato costituzionale. La stessa rappresentanza, come proiezione istituzionale dell'esercizio del diritto politico, si caratterizza per una frammentarietà che, pur potenziale, costringe l'unità politica ad una prova di resistenza [74].

Con riguardo ancora al sistema elettorale, inoltre, le Regioni possono sce-

---

[72] *Vexata quaestio* è stata l'individuazione della fonte competente a definire il numero dei consiglieri regionali, ossia se la materia fosse di competenza dello Statuto regionale ovvero della legge elettorale regionale. La soluzione sembra essere quella della competenza statuaria, tant'è che lo Statuto della Regione Calabria fissa il numero dei consiglieri in 50 (art. 5 Statuto; cifra confermata – perché? – anche l'art. 1, 2° comma, della legge reg. n. 1/2005 recante «Norme per l'elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale»); la Puglia in 70 (anche in questo caso la scelta statutaria è confermata dalla legge reg. elettorale all'art. 3); il Lazio 70 (art. dello Statuto e legge elettorale regionale n. 2/2005, art. 3); la Toscana 65 (art. 6 Statuto e art. 6 legge reg. n. 25/2004); Abruzzo, 50 consiglieri (art. 13 Statuto, sia nella versione adottata ed impugnata dal Governo sia in quella di nuova approvazione); Umbria, 36 consiglieri (art. 42 Statuto).

[73] La riflessione vale sia nel raffronto tra Province di Regioni diverse (quindi per l'elezioni di organi distinti), sia nel rapporto tra Province della stessa Regione che concorrono all'elezione dello Stesso Consiglio regionale.

[74] Secondo altri, inoltre, «la frammentazione del potere politico» potrebbe costituire premessa ed occasione «per una radicale compressione dei canali della partecipazione politica e dei circuiti democratico-rappresentativi» (C. DE FIORES, in AA.VV., *Ripensare il federalismo*, Roma, 1999, 92).

gliere di prevedere, nel sistema di elezione dei Consiglieri regionali, liste di partito bloccate o con la possibilità di esprimere la preferenza. In conseguenza di ciò, spetterà alle stesse Regioni consentire o meno a ciascuna delle liste concorrenti di presentare un numero di candidati pari o inferiore a quello dei posti disponibili.

Non va dimenticato, comunque, che in argomento è intervenuta la pronuncia della Corte cost. n. 44/1961, con la quale il Giudice delle leggi si è trovato a dover giudicare della legittimità del d.p.r. n. 570/1960. Quest'ultimo (art. 72, 6° comma), infatti, prevede che nel caso in cui una lista abbia presentato un numero di candidati inferiore a quelli necessari per coprire tutti i seggi attribuitigli, tali seggi siano distribuiti tra le altre liste contendenti nella competizione elettorale. Il rimedio in questione, che – secondo la Corte «non è dei peggiori tra quanti se potrebbero adottarsene», ponendo rimedio al comportamento dei presentatori, non viola il principio di eguaglianza. Quest'ultimo, invece, sarebbe violato dalla ripetizione dei comizi elettorali nel caso si verificasse la fattispecie in questione.

c) *Gli ulteriori requisiti per l'esercizio del diritto di voto*

Il principio di eguaglianza nell'esercizio del diritto di voto, infine, è stato oggetto di analisi dottrinaria e giurisprudenziale anche con riferimento all'attività normativa delle Regioni a Statuto speciale.

Queste ultime, infatti, negli statuti e nelle proprie leggi elettorali, prevedono che l'elettore (per poter esprimere il proprio voto alle consultazioni regionali) debba possedere alcuni requisiti ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla legge statale

Per quanto riguarda il limite di età, quando esso non coincide con quello prescritto dall'art. 48, 1° comma, Cost., è la stessa Costituzione che prevede un'età diversa, come nel caso delle elezioni del Senato della Repubblica («I senatori sono eletti a suffragio universale e diretto dagli elettori che hanno superato il venticinquesimo anno di età», art. 58, 1° comma, Cost.)[75]. Per tutti gli altri momenti elettorali, ossia scelta dei membri della Camera dei deputati, referendum *ex* artt. 75 e 138 Cost., nonché *ex* art. 132 Cost.[76], elezioni del

[75] La Costituzione, invece, conferma implicitamente la maggiore età per le elezioni della Camera dei Deputati («La Camera dei deputati è eletta a suffragio universale e diretto», art. 56, 1° comma, Cost.) e per il referendum abrogativo *ex* art. 75 («Hanno diritto di partecipare al referendum tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati», 3° comma).

[76] L'art. 132, Cost. prevede: «Si può, con legge costituzionale, sentiti i Consigli regionali, disporre la fusione di Regioni esistenti o la creazione di nuove Regioni con un minimo di un milione di abitanti, quando ne facciano richiesta tanti Consigli comunali che rappresentino almeno un terzo delle popolazioni interessate, e la proposta sia approvata con referendum dalla maggioranza delle popolazioni stesse. / Si può, con referendum e con legge della Repubblica,

Parlamento europeo e degli organi delle Regioni e degli enti locali, nonché referendum regionali, hanno diritto di voto i cittadini maggiorenni che siano iscritti alle liste elettorali: così, infatti, necessariamente prescrive la legislazione statale[77]. Tanto è che nessun Statuto speciale richiede, per l'esercizio del diritto di voto, un'età diversa dai diciotto anni[78].

Per quanto riguarda, invece, il requisito della residenza, attualmente, esso è previsto in alcuni Statuti speciali. In Sardegna (art. 17), in Friuli Venezia Giulia (art. 15) ed in Sicilia[79] è necessario, per esercitare il diritto di voto a livello regionale, essere iscritti nelle liste elettorali dei Comuni della Regione (come per le Regioni ordinarie), mentre in Valle d'Aosta ed in Trentino-Alto Adige si aggiunge il requisito di un periodo minimo di residenza. Nel caso della Provincia di Bolzano, tale requisito consiste in quattro anni di residenza in uno dei Comuni della Regione (art. 19, ora art. 25), per la Provincia di Trento, invece, un anno. Per la Valle d'Aosta, lo Statuto si limita a prevedere che si possa richiedere, per esercitare il diritto, il requisito della residenza, ma massimo di un anno, nel territorio dell'ente (art. 16)[80].

La dottrina non ha mancato di evidenziare come le disposizioni statutarie della Valle d'Aosta e del Trentino fossero da considerare costituzionalmente illegittime, pur approvate con legge costituzionale, perché introducevano un requisito ulteriore che non era previsto dall'art. 48, 3° comma, Cost.[81]; la stessa dottrina, d'altronde, poneva allora l'accento sul fatto che tali norme non fossero state tradotte nella disciplina elettorale legislativa.

La Corte, che si è pronunciata sul punto, ha invece stabilito che le Regioni speciali, per le elezioni regionali, possano introdurre dei requisiti, relativamen-

---

sentiti i Consigli regionali, consentire che Province e Comuni, che ne facciano richiesta, siano staccati da una Regione e aggregati ad un'altra».

[77] Cfr. il d.p.r. n. 223/1967 (Testo unico sulla disciplina dell'elettorato attivo); l'art. 4 della legge n. 108/1968 (Norme per l'elezione dei Consigli regionali delle Regioni a Statuto normale); art. 3, legge n. 18/1979 (Elezione dei rappresentanti dell'Italia al Parlamento europeo); gli artt. 17 e 44, legge n. 352/1970 (Norme sui referendum previsti dalla Costituzione e sull'iniziativa legislativa del popolo).

[78] L'art. 4 della legge reg. siciliana del 23 maggio 1951, n. 29, infatti, prevedeva il requisito dei 21 anni perché tale era allora la maggiore età; l'art. 1 della legge reg. siciliana 29 dicembre 1975, n. 87, infatti, ha portato l'età a diciotto anni.

[79] Cfr. l'art. 4, legge reg. n. 29/1951, modificata dalla legge reg. n. 87/1975.

[80] Cfr. legge reg. n. 13/1993 (art. 2, «Sono elettori del Consiglio regionale della Valle d'Aosta i cittadini iscritti nelle liste elettorali dei Comuni della Regione, compilate secondo le disposizioni contenute nel testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e revisione delle liste elettorali approvato con d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223 e successive modificazioni, che hanno compiuto o compiono il diciottesimo anno di età entro il giorno stabilito per l'elezione e che risiedono nel territorio della Regione per un periodo ininterrotto di un anno), con le leggi regg. nn. 31/1997, e 21/2002.

[81] Così T. MARTINES, *Consiglio regionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 270-271.

te all'esercizio del diritto di voto per la composizione dei propri organi [82], prevedendo, ad esempio, il requisito della residenza per un periodo minimo nel territorio della Regione.

Essa, infatti, ha fatto salva la successiva disciplina riguardante le elezioni del Consiglio regionale Trentino (d.p.r. n. 50/1973) [83] che traduceva in concreto il precetto statutario della residenza quadriennale necessaria per esercitare il diritto di voto attivo (sent. n. 240/1975).

Tale disciplina, secondo la Corte, trova fondamento nello Statuto regionale, il cui contenuto è «illuminato» dall'art. 6 della Costituzione, ossia dal principio della tutela delle minoranze. La previsione concernente il requisito della residenza per un periodo minimo, infatti, non incide (come ricorda la Corte) sulla titolarità del diritto di voto, ma sul suo esercizio [84].

In questo senso, le previsioni per le elezioni regionali (e comunali nella Provincia di Bolzano) perseguono legittimamente «lo scopo di impedire che, mediante affrettate ed artificiose iscrizioni anagrafiche dell'ultim'ora, possano essere diluite le minoranze di lingua tedesca e ladina».

Come emerge da quanto visto, il principio di eguaglianza del diritto di voto può subire delle limitazioni qualora sia bilanciato da altri principi; tuttavia tali principi sono da ricercarsi nella Costituzione e nelle norme degli Statuti speciali (approvati con legge costituzionale) che formalizzano le specialità regionali; inoltre, la scelta compiuta nella diversificazione del diritto deve essere scrutinata con riguardo all'art. 3 Cost. [85].

---

[82] Come espressamente previsto dalla sent. n. 240/1975, infatti, relativamente al requisito della residenza nel territorio regionale (si trattava del TAA) «non incide sulla titolarità del diritto, (...) ma solo sull'esercizio».

[83] Ora modificato dal d.lgs. 18 dicembre 2002, n. 309 recante «norme di attuazione dello statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige concernente l'esercizio del diritto di voto per le elezioni dei consigli provinciali di Trento e Bolzano, nonché per quelle dei consigli comunali della provincia di Bolzano, a seguito della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2».

[84] Nello stesso senso, Corte cost., sentt. nn. 42/1987, e 261/1975 (dove è presente l'inciso per cui, «ogni norma derogatoria del principio di eguaglianza del diritto di voto deve essere di stretta interpretazione».

[85] Stesso ragionamento si trova nelle sentenze della Corte costituzionale relative alla previsione, da parte delle Regioni speciali, di requisiti ulteriori (quale residenza da un periodo minimo ed età) per l'esercizio del diritto di voto passivo. Ricordiamo che in Friuli Venezia Giulia, lo Statuto speciale (art. 15), approvato con legge costituzionale, prevede il requisito dei 25 anni, mentre la legge n. 29/51 della Regione Sicilia (modificata dalla legge n. 87/75) richiede il compimento dei 21 anni per esercitare il diritto di voto passivo nelle consultazioni regionali. L'altro requisito, come già accennato, per definire l'elettorato passivo regionale è quello della residenza. La disciplina statale in vigore prevede che, sia per le consultazioni comunali, che per quelle provinciali e regionali, possano essere eletti tutti gli elettori residenti in un Comune qualsiasi della Repubblica (legge n. 154/1981). Per quanto riguarda le Regioni a Statuto speciale, tutte richiedono il requisito della residenza in uno dei Comuni della Regione per godere dell'elettorato passivo nelle consultazioni regionali (art. 25, TAA; art. 16, SA., art. 13 FVG); non mancano,

A questo punto occorre domandarsi se, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, il nuovo dettato costituzionale fornisca alle Regioni (ordinarie e speciali) titolo per modificare i requisiti per l'esercizio del diritto di voto per le elezioni regionali e locali, senza incidere sul terreno (ad esse precluso) della disciplina della titolarità del diritto.

Per quanto concerne le regioni ordinarie, l'art. 122 Cost., in questo senso, non sembra fornire alle Regioni la competenza a richiedere ulteriori requisiti per l'esercizio del diritto di voto attivo quando prevede che spetta alla legge regionale la disciplina del «sistema di elezione» degli organi regionali, ovviamente nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalla legge statale.

Il «sistema di elezione», come la dottrina ha evidenziato, comprende, infatti, fattispecie che non si risolvono nel mero sistema di trasformazione dei voti in seggi (formula elettorale), ma concerne anche i momenti ad essa precedenti e successivi; l'elezione presuppone l'individuazione dei titolari dell'elettorato

---

però, le Regioni che aggravano tale requisito, richiedendo la residenza per un periodo di tempo minimo (Sicilia, Valle d'Aosta), ed altre che richiedevano alternativamente la nascita (Valle d'Aosta; art. 16 Statuto, «nascita o residenza per un periodo non superiore a tre anni». Ora, l'art. 16 dello Statuto, modificato dall'art. 2, 1° comma, lett. *d*), della legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2, recita: «Per l'esercizio del diritto elettorale attivo e passivo può essere stabilito il requisito della residenza nel territorio della Regione per un periodo non superiore a un anno»). La Corte costituzionale, infatti, si è pronunciata sulla questione di legittimità della disciplina dell'elettorato passivo della Regione Sicilia che prevedeva il requisito dei 21 anni di età e quello della residenza da un periodo di tempo minimo. Come recita la sent. n. 20/1985, «il principio di uguaglianza tra tutti i cittadini della Repubblica nel godimento dei diritti politici non soffre (...) lesioni quando la disciplina dell'esercizio di tali diritti venga adeguata ad un altro principio costituzionalmente rilevante». Tuttavia, il principio con il quale deve essere bilanciato quello dell'eguaglianza del diritto di voto, secondo la Corte, lo si rinviene (per il caso di specie) nelle specifiche competenze legislative primarie delle Regioni contenute negli Statuti speciali, approvati con legge costituzionale, che permettono il legittimo intervento della fonte regionale. Inoltre, la stessa scelta del requisito della residenza per un periodo di tempo nel territorio regionale, deve essere vagliata in termini di ragionevolezza rispetto agli scopi per i quali è prevista. In questo senso è chiaro quanto espresso dalla Corte costituzionale nella stessa pronuncia (Corte cost., sent. n. 20/1985): «non è ingiustificato (...) che gli interessi di una comunità regionale – cui lo stesso ordinamento costituzionale attribuisce carattere di specialità, collegato alle peculiari tradizioni storiche e culturali della Regione – siano rappresentati a livello politico regionale da cittadini che abbiano con la comunità stessa il collegamento personale costituito dall'iscrizione nelle liste elettorali dei Comuni (della Regione) (Corte cost., sent. n. 20/1985). Da quanto espresso dalla Corte costituzionale, dunque, emerge che l'intervento della Regione Sicilia deve considerarsi legittimo, per quanto riguarda il requisito dell'età e quello della residenza, in virtù delle disposizioni statutarie speciali, approvate con legge costituzionale; per quanto concerne il periodo minimo di residenza, inoltre, esso si fonda sulla specialità degli interessi della Regione. Dopo aver constatato quanto detto dalla Corte in merito alla disciplina delle Regioni a Statuto speciale, occorre chiedersi quale spazio possa esservi per le Regioni ordinarie che intendano disciplinare i requisiti dell'età e della residenza per le proprie consultazioni; a questa domanda occorre rispondere sia con attenzione al principio di eguaglianza nel godimento dei diritti politici all'interno della Repubblica, sia con riguardo alla ragionevolezza della disciplina che introduce requisiti specifici per una determinata carica elettiva.

attivo e passivo, la disciplina della presentazione delle liste e dei candidati, le eventuali primarie, la disciplina delle procedure di voto, della loro durata ed organizzazione, lo spoglio, la proclamazione degli eletti ed il finanziamento della politica.

Secondo alcuni studiosi, comunque, per quanto possa essere interpretata in senso ampio, la competenza regionale in tema di «sistema di elezione» incontra dei limiti in virtù dell'incidenza sulla materia di elementi inerenti la forma di stato ed il «regime» [86]. Così, con riferimento al primo dei due concetti sarebbe esclusa un'azione normativa primaria regionale in materia di elettorato attivo, in virtù del secondo sulla legislazione elettorale di contorno (finanziamento della politica e propaganda) [87].

In questo senso, d'altronde, si muove proprio l'art. 4 del testo di legge n. 165/2004, con la quale lo Stato ha posto «in via esclusiva» i principi fondamentali nelle materie di cui all'art. 122 Cost. Tale atto provvede ad individuare i principi fondamentali anche del «sistema di elezione», interpretando in senso restrittivo l'espressione e riducendola a «sistema elettorale». D'altro canto, in nessun articolo della legge si fa riferimento ai requisiti per esercitare il diritto di voto, attivo o passivo nelle consultazioni regionali.

È anche vero, però, che non è necessaria l'espressa previsione dei principi fondamentali statali per consentire alla legge regionale (qualora la si ritenesse competente sulla base dell'art. 122 Cost.) di intervenire sulla definizione dell'elettorato attivo per le proprie consultazioni.

Per quanto riguarda la competenza statutaria regionale sulla forma di governo (ossia il rapporto tra gli organi che concorrono alla formazione dell'indirizzo politico dell'ente), è evidente che essa non può estendersi alla disciplina dei requisiti per l'esercizio del diritto di voto che attiene, invece, al diverso piano della forma di Stato, concetto, quest'ultimo, che inserisce al diverso problema del rapporto tra governati e governanti, tra autorità e libertà [88]. È da

---

[86] Cfr. F. LANCHESTER, *Il sistema elettorale e la novella dell'art. 122 della Costituzione*, in A. FERRARA, 2001, *Verso una fase costituente delle Regioni?*, Milano, 2001, 25 e ss., ma anche le riflessioni in ID., *Sistemi elettorali e forme di governo*, Bologna, 1981, *passim*, e in ID., *Gli strumenti della democrazia*, Milano, 2004, *passim*.

[87] Cfr. F. LANCHESTER, *Il sistema elettorale e la novella …*, cit., 27-28. R. NENCINI, *Senato della Repubblica*, *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della parte II della Costituzione*, Seduta dell'11 aprile 2002, Resoconto stenografico, esprime invece parere diverso sul punto: egli sostiene, con argomentazioni formali, che la legislazione di contorno, «almeno per quanto concerne le elezioni regionali, non è citata tra quelle di competenza riservata esclusivamente allo Stato, né compare tra quelle elencate come oggetto di competenza concorrente, si dovrebbe intendere che sia di competenza esclusiva regionale».

[88] Sui concetti di forma di Stato e forma di governo, L. ELIA, *Forme di governo*, in *Enc. dir.*, 1970; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973; F. LANCHESTER, *Stato*, *forme di*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 796-815; M. VOLPI, *Libertà e autorità*, Torino, 2000; se non che, come è stato

escludersi, inoltre, che le Regioni siano titolari di una competenza legislativa addirittura esclusiva in materia, *ex* art. 117 Cost.

La lettura che ci sembra da preferire, in ogni modo, rimane quella che vuole il principio dell'eguaglianza del diritto di voto attivo, come detto dalla Corte costituzionale, derogabile solo per espressa previsione di norme costituzionali che riflettano un principio costituzionale degno di tale tutela. Tale è, attualmente, solo il principio di tutela delle minoranze che trova espressa previsione solo negli statuti speciali, ossia in fonti di rango costituzionale.

Per quanto riguarda proprio le Regioni a Statuto speciale, ricordiamo che, sulla base della legge cost. n. 2/2001, le Regioni speciali possono modificare i propri statuti con legge regionale approvata a maggioranza assoluta dei componenti, senza che sia necessaria l'approvazione con legge costituzionale da parte del Parlamento.

La legge cost. n. 2/2001 prescrive che l'intervento normativo regionale, «in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica», riguardi la modifica della forma di governo quale prescritta dalla stessa fonte costituzionale e la disciplina inerente «le modalità di elezione» degli organi [89].

Non è chiaro se, come potrebbe sembrare, nell'espressione «modalità di elezione» possa essere inclusa anche la disciplina dei requisiti per l'elettorato attivo oltre quelle che sono le attuali specifiche previsioni statutarie. Tuttavia appare difficile rintracciare (oltre quello della tutela delle minoranze) un principio costituzionale che possa legittimare (anche per le regioni speciali) una compressione del principio dell'eguaglianza del diritto di voto che non risulti viziata da irragionevolezza.

Sul rispetto del principio di eguaglianza del voto, poi, la Corte costituzionale è intervenuta anche con riferimento alla revisione delle liste elettorali. In quel caso, il giudice delle leggi dichiarò l'illegittimità della normativa statale sulla revisione delle liste nel momento in cui garantiva l'immediata cancellazione di chi perdeva il diritto di contro al semestrale inserimento di chi acquisiva *medio tempore* il diritto [90]. Stesso obbligo, è evidente, si estende anche alle Regioni speciali.

---

alternativamente proposto (M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni*, Bologna, 2002), non si intenda l'espressione «forma di governo» come descrizione del rapporto tra governanti e governati (125 e ss.) e conseguentemente, si includa in essa la disciplina relativa alla «individuazione dei soggetti che sono titolati a partecipare alla vita politica regionale» (spec. 471).

[89] Si ricordi che, in seguito alla legge cost. n. 2/2001, l'art. 25, 1° comma, dello Statuto del Trentino Alto Adige recita: «il consiglio regionale è composto dai membri dei consigli provinciali di Trento e Bolzano».

[90] Corte cost., sent. n. 47/1970.

## 4. *Un caso risolto di discriminazione al contrario: i cittadini comunitari residenti nelle Regioni speciali*

In questa sede, merita di essere analizzato un caso particolare. I cittadini comunitari non italiani che risiedono all'interno del nostro Paese, come prevede la normativa comunitaria, hanno il diritto di voto per le elezioni comunali e circoscrizionali del luogo di residenza. Tale diritto era già riconosciuto dal Trattato che istituisce la Comunità europea (consolidato 2002) che prevedeva (art. 19) la base normativa sulla quale era stata adottata la direttiva n. 94/80/CE [91] attuata con d.lgs. n. 197/1996 [92].

Ora, anche nel trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, ratificato di recente anche in Italia [93], l'art. II-100, prevede: «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato».

Nello specifico, il cittadino italiano che diviene residente in Trentino Alto Adige è ammesso all'esercizio del diritto di voto attivo in quella Regione per le elezioni comunali e provinciali (ricordiamo che il Consiglio regionale è costituito dai membri dei due Consigli provinciali) solo se in presenza di quegli ulteriori requisiti (il periodo minimo di residenza).

Come recita lo Statuto speciale TAA (art. 25), per l'esercizio del diritto di voto attivo nella Provincia di Bolzano (comunali e provinciali) è richiesto il requisito della residenza quadriennale; per quella di Trento, invece, il requisito richiesto è la residenza annuale, ma solo per le elezioni provinciali. In particolare, per l'elezione dei Consigli provinciali e per quella dei Consigli comunali, «durante il quadriennio l'elettore esercita il diritto di voto nel comune di precedente residenza» [94] (art. 25, u.f., St.)

Ci si deve chiedere, dunque, se il requisito della residenza da un periodo minimo si estenda o meno ai cittadini comunitari non italiani che si trasferiscono in Trentino Alto Adige. Qualora il requisito ulteriore della residenza non sia richiesto ai cittadini non italiani, saremmo di fronte ad un caso di discriminazione al rovescio, ossia in una di quelle «situazioni di disparità di danno dei cittadini di uno Stato membro (...) che si verificano come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario» [95].

---

[91] Sul cui mancato recepimento cfr. la condanna al Belgio C-323-97 della CGCE.

[92] D.lgs.12 aprile 1996, n. 197 (*G.U.* 15 aprile 1996, n. 88) recante «Attuazione della direttiva n. 94/80/ce concernente le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'unione europea che risiedono in uno stato membro di cui non hanno la cittadinanza.

[93] Legge 7 aprile 2005, n. 57, in *G.U.* del 21 aprile 2005, n 92, suppl. ordinanza.

[94] Comma modificato dall'art. 4, lett. *g*) *h*), *i*), *l*) della legge cost. n. 2/2001.

[95] Cfr. F. SALMONI, *La Corte costituzionale*, *la Corte di giustizia delle Comunità Europee e la*

Tale fattispecie legata al diritto di voto, in ogni modo, non si configura come una «discriminazione al rovescio», perché l'art. 1, 6° comma, del d.lgs. n. 197/1996 prevede che «per i cittadini dell'Unione che chiedono l'iscrizione nelle liste elettorali aggiunte di un comune della provincia di Bolzano, si applicano le disposizioni di cui all'art. 5 del d.p.r. 1° febbraio 1973, n. 50, come sostituito dall'art. 1 del d.p.r. 15 luglio 1988, n. 295».

Nello stesso senso, l'art. 27 della legge regionale n. 7/2004 [96] prevede che «i cittadini di uno stato membro dell'Unione europea e residenti nei comuni della Regione Trentino Alto Adige esercitano il diritto di elettorato attivo e di eleggibilità secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 197/1996 (...) e nel rispetto dei requisiti residenziali previsti dagli artt. 16 e 17 della legge regionale 6 aprile 1956, n. 5 e successive modificazioni».

L'art. 16 della legge n. 5/1956 vigente [97] prevede che «sono elettori nei Comuni della Provincia di Trento i cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali dei Comuni della stessa, compilate a norma del Testo unico approvato con d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223 e successive modificazioni, integrato dal d.p.r. 1° febbraio 1973, n. 50».

Per quanto concerne la Provincia di Bolzano, lo stesso articolo prevede [98] che siano elettori in quella provincia i cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali «i quali abbiano maturato alla data di pubblicazione del manifesto di convocazione dei comizi elettorali la ininterrotta residenza quadriennale nella Regione, sempre che il periodo di residenza, anche non continuativo, nella provincia di Bolzano sia superiore a quello maturato nella provincia di Trento».

Per esercitare il diritto di voto nella Provincia di Bolzano, dunque, il problema della «discriminazione al rovescio» per il cittadino italiano che sposta la propria residenza in TAA non si pone, perché anche il cittadino comunitario non italiano è sottoposto alle stesse norme sulla residenza.

Diversamente, per la Provincia di Trento, il requisito della residenza per 1 anno è richiesto solo per le elezioni provinciali e non anche per quelle comunali, quindi, il cittadino comunitario non italiano è equiparato a quello del nostro Paese.

---

*tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA-A. SPADAIO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003 e la giurisprudenza richiamata: CGCE, sent. 7 marzo 2002, causa C-145/99, *Commissione* c. *Italia*; sent. 9 dicembre 1981, causa C-193/80, *Commissione* c. *Italia*, sent. 12 marzo 1987, causa C-178/84; *Commissione* c. *Germania*; sent. 26 novembre 1985, causa C-182/84, *Miro*; sentt. 22 settembre 1988, causa C-286/86, *Minister Public* c. *Deserbais*, 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*; sent. 14 luglio 1988, causa C-407/85, *3 Glocken e altri*; sent. 14 luglio 1988, causa C-298/87, *Smanor*.

[96] Legge reg. del 22 dicembre 2004, recante «Riforma dell'ordinamento delle autonomie locali», pubblicata sul *B.U.* 25 gennaio 2005, suppl. n. 2.

[97] Così come modificato dall'art. 4 della legge reg. 12 maggio 1978, n. 7, art. 4.

[98] Così come modificato dall'art. 1 della legge reg. 7 luglio 1988, n. 12.

Discorso diverso vale per la Regione Valle d'Aosta dove, per l'esercizio del diritto di voto attivo alle elezioni comunali, non è richiesto (diversamente dalle elezioni regionali) il requisito della residenza per un anno nel territorio regionale [99].

[99] Legge reg. n. 4/1994, art. 13 (Elettorato attivo) «1. Sono elettori i cittadini italiani iscritti nelle liste elettorali compilate ai sensi del d.p.r. 20 marzo 1967, n. 223 (Approvazione del testo unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali), e successive modificazioni. Sono altresì elettori i cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea residenti in Valle d'Aosta ed iscritti nelle liste elettorali aggiunte istituite presso ogni comune a norma del d.lgs. 12 aprile 1996, n. 197 (Attuazione della direttiva n. 94/80/CE concernente le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione europea che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza)».

# PARITÀ E DIRITTO DI VOTO DEGLI ITALIANI RESIDENTI ALL'ESTERO O «FRAMMENTAZIONE» DELLA RAPPRESENTANZA? *

*di Laura Ronchetti*

SOMMARIO: 1. Comunità politica e delocalizzazione. – 2. Nazionalità e cittadinanza. Italiani, o cittadini, questo è il problema. – 3. Italiani all'estero e voto. La rappresentanza nazionale «frazionata». – 4. (Dis)Parità tra gli italiani a seconda della residenza.

## 1. *Comunità politica e delocalizzazione*

Interrogarsi sulla cittadinanza in un mondo delocalizzato [1] significa confrontarsi non solo con la partecipazione degli immigrati alla comunità politica [2] insediata sul territorio dove si sono trasferiti, ma anche con l'appartenenza ad essa dei cittadini emigrati altrove. Gli uni e gli altri sono *tendenzialmente* riconducili alla categoria dei migranti [3], trattandosi in entrambi i casi di perso-

* Il presente lavoro è stato realizzato durante il soggiorno di studio presso la Columbia University di New York nell'ambito della Promozione Ricerca 2004 del CNR sul progetto *Le garanzie costituzionali delle pluralità identità culturali*.

[1] Sulla globalizzazione e sulla conseguente de-localizzazione in particolare B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Parigi, 1995, trad. it. M. CADORNA, *La fine dei territori, saggio sul disordine internazionale e sull'utilità sociale del rispetto*, Trieste, 1996; S. SASSEN, *Losing control? Sovereignity in an age of globalizatio*n, New York, 1995; M. HARDT-A. NEGRI, *Empire*, Harvard, 2000, *Impero*, Milano, 2001; N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2002.

[2] Per l'accezione qui intesa di comunità politica cfr. R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della Communitas*, Torino 1998. R. ESPOSITO, *Comunità* (voce), in *Enciclopedia del pensiero politico* diretta da R. ESPOSTO-C. GALLI, Roma-Bari, 2000, 135 per l'accezione qui intesa di comunità politica.

[3] La Convenzione internazionale del 1990 sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie considera migrante chi vive in un territorio di cui non sia cittadino. Tale Convenzione, tuttavia, non ha raggiunto ancora la ratifica di venti Stati necessa-

ne residenti in un paese di cui non hanno una *cittadinanza riconosciuta*. I migranti, infatti, vivono una condizione che è definita di «doppia coscienza» o di «doppio spazio politico» [4] perché abbandonano il paese e la comunità politica di riferimento per stabilirsi in un territorio dove risiede un'*altra* comunità politica, *estraniandosi* da tutte e due. La strada che conduce l'*ospite* a diventare un componente a pieno titolo della comunità in mezzo alla quale vive, per scelta o per mancanza di scelta, è un tortuoso sentiero che, al di là dei percorsi individuali, porta dritto al cuore dell'«identità» di un popolo [5]. Fin quando la piena partecipazione alla nuova comunità politica non sia raggiunta, l'emigrato conserva il proprio «diritto ad avere i diritti» [6] di cittadinanza della comunità politica di provenienza. Se così non fosse il diritto all'emigrazione sarebbe svuotato di ogni significato finendo per coincidere con l'«espatrio» inteso come perdita di cittadinanza.

L'espressa menzione della libertà d'emigrazione in Costituzione e la sua sottoposizione ai soli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, come spiega mirabilmente la sent. n. 269/1986 [7], «sono, appunto, diretta derivazione della volontà del Costituente di contrastare la visione, in materia, del legislatore del 1930» e del regime autoritario allora vigente [8]. Il termine «riconosce», di

---

ria per la sua entrata in vigore. Dal momento che i cittadini italiani, come vedremo, possono acquistare la «doppia cittadinanza» non tutti i cittadini italiani all'estero sono migranti.

[4] Cfr. S. MEZZADRA, *Cittadinanza e immigrazione. Il dibattito filosofico-politico*, 18 dicembre 1999, Firenze in *http://dex1.tsd.unifi.it/cittadin/papers/mezzadra.htm.*

[5] Cfr. G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.* 1997, 37. Sul concetto di identità di popolo si rinvia a F. CERRONE, *La cittadinanza europea: integrazione economica e identità*, in *Pol. del dir.*, n. 4, 2000, 581ss.

[6] L'espressione è di H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, (1948) 1966, New York, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. 2004, Torino, 410, tale diritto è quello di appartenere ad una comunità ed è stato ripreso e sviluppato da S. BENHABIB, *Trasformations of Citinzenship. Dilemmas of the Nation State in the Era of Globalization*, Amsterdam, 2001.

[7] Nella citata sentenza si ricorda che l'on. Dominedò, presentatore dell'emendamento in base al quale il presidente dell'Assemblea costituente, su esplicita adesione del presidente della terza sottocommissione, che propose, nella seduta dell'8 maggio 1947, la modifica della formula del 3° comma, dell'art. 30 del progetto (attuale 4° comma, dell'art. 35, Cost.) così si espresse nella menzionata seduta dell'assemblea plenaria: «... lo scopo del mio emendamento è quello di far sì che sia pienamente riconosciuta nella Costituzione la libertà d'emigrazione, senza condizionarla all'eventualità di deroghe illimitate da parte della legge».

[8] Sempre la stessa sentenza dichiara che «è l'emigrazione come fenomeno "di massa", collettivo, che si vuole, intorno al 1930, impedire o, meglio, sottrarre alla determinazione di privati: diversamente, non s'intenderebbe il perché del divieto dell'eccitazione all'emigrazione realizzata soltanto attraverso "manifesti, circolari, guide, pubblicazioni o con qualsiasi mezzo di pubblicità". Ci si prefigge di riservare allo Stato il monopolio nella determinazione dell'emigrazione come fenomeno "di massa"… Importante è, nel 1930, che lo Stato, e soltanto lo Stato, diriga, orienti, determini l'emigrazione di massa: questa è guardata con sfavore, tenuto conto del "numero", che è potenza, e deve essere conservato, assicurato e ove possibile, aumentato. L'emigrazione di massa può, a volte, essere consentita ma soltanto per fini contingenti dello Stato (ad

cui all'art. 35, 4° comma, Cost., è lo stesso usato nell'art. 2 Cost. ad indicare che «la libertà d'emigrazione è un diritto fondamentale, (...) e che, pertanto, può essere fatto valere anche nei confronti dello Stato» [9]. D'altra parte contemporaneamente l'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 sanciva per ogni individuo il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso quello d'origine, e di ritornare nel proprio. La sent. n. 278/1992 [10] afferma, infatti, che «una legislazione che ostacolasse l'esercizio di questo diritto fondamentale si porrebbe fuori l'attuale contesto di valori giuridici internazionali e costituzionali».

Nella sentenza del 1986 si prende atto della «esatta visione che il Costituente ebbe della complessità del fenomeno emigratorio e dell'evoluzione che il medesimo andava rivelando in Italia» [11]. È nella consapevolezza dei sacrifici e delle miserie personali e collettive che il popolo italiano, migrando, ha a lungo patito che dovrebbe trovare radici una cultura dell'accoglienza e del dialogo verso chi vede oggi in Italia una speranza di vita. È noto, infatti, che in Italia, sin dalla metà degli anni settanta, il rapporto tra i due flussi si è radicalmente invertito a favore di quello immigratorio. Le migrazioni, d'altra parte, essendo strutturalmente connesse a quei processi di liberalizzazione che rendono le economie e gli ordinamenti statali interdipendenti, non hanno un andamento circolare, bensì unidirezionale, muovendo dal mondo povero verso il mondo ricco; e anche se l'Italia ha dato i natali a tanti emigrati, è ora uno dei paesi partecipanti al G8, quindi meta di approdo e terra di passaggio per significativi flussi migratori. Se gli emigrati sono tuttora più numerosi degli immigrati, il numero degli immigranti è ben più cospicuo di quello degli emigranti [12].

---

esempio, popolare, "civilizzare" colonie o terre lontane). Di regola, no. Le braccia e la mente dei cittadini devono essere a disposizione dello Stato».

[9] *Idem*. E si aggiunge: «Chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell'uomo alla piena espansione della propria personalità w quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli».

[10] Corte cost., sent. 17 giugno 1992, n. 278, interpretativa di accoglimento nella parte in cui la previgente disciplina della cittadinanza e della leva obbligatoria non esentavano dagli obblighi di leva coloro che avevano perduto la cittadinanza a seguito di acquisto di quella di altro Stato nel quale fossero tenuti a prestare il servizio militare.

[11] Cfr. le sedute dell'Assemblea costituente, CXXVII-CXXX, 20-23 maggio 1947.

[12] È importante aggiungere qualche dato: se in Assemblea costituente si parlava di «sette o otto milioni di italiani all'estero, ossia di circa il sedici o diciassette per cento della popolazione italiana» (Cfr. CXXX, seduta del 23 maggio 1947, 4208, On. Schiavetti), l'emigrazione oggi consiste in flussi continuati al ritmo fisiologico di circa 40-50 mila l'anno come risulta dalla media ricavata a partire dagli ultimi anni «80 fino al 1996 (Caritas 1999). Secondo i dati del Ministero degli Esteri, i cittadini residenti all'estero sono poco più di 4 milioni, mentre secondo quelli del Ministero dell'Interno sono circa 3,5 milioni; le posizioni allineate fra le due banche-

Alla luce di tali fenomeni migratori il concetto di cittadinanza sta ritrovando quel ruolo «strategico»[13] che aveva già svolto in un mondo ancora leggibile con le coordinate del *nomos* della terra[14]. La progressiva divaricazione tra i poli del *nomos* (tra *Ordnung* e *Ortnung*, tra ordinamento e localizzazione) o tra gli elementi dello Stato (comunità politica, territorio e potere) – che consente di parlare di un *nomos* della deterritorializzazione[15] – è accompagnata, infatti, da una trasfigurazione della rappresentanza e della responsabilità politica[16] che impone un ripensamento della cittadinanza per scongiurare una sua torsione in senso nazionalistico.

È stato giustamente detto che i molteplici denotati della cittadinanza sono senza limiti[17], ma forse proprio un limite, quello territoriale, potrebbe restituire a tale concetto un significato materiale attraverso la valorizzazione dell'incolato[18], del domicilio di lungo periodo, consentendo alla concreta realtà sociale che vive sul territorio di *agire* come comunità politica[19]. Secondo Schmitt la trasformazione più grande del diritto verso una de-localizzazione generale si ebbe nella seconda metà del XIX secolo, proprio quando «il principio del domicilio (…) venne sostituito da quello della nazionalità e della cittadinanza, sostenuto in primo luogo dagli Italiani. È questo un mutamento in cui si manifesta il rapido passaggio alla libera circolazione e a un nuovo rapporto con il territorio»[20]. L'appartenenza del cittadino allo Stato aldilà dei confini statali attraverso il principio della nazionalità deve, in effetti, aver assecondato la progressiva divaricazione tra ordinamento e territorio statale, che ora, in con-

---

dati sono 2,7 milioni (Fonte: Roma, 2-4 marzo 2005 – Affari esteri). Le numerose posizioni ancora non chiarite gettano un'ombra in particolare sul *quorum* di validità delle consultazioni referendarie, il cui mancato raggiungimento potrebbe essere determinato dal computo di persone non aventi in realtà diritto di voto o comunque irreperibili. V. *infra*.

[13] D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza*, *identità*, *diritti*, Roma-Bari, 1994, IX.

[14] C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlino, 1974, trad. it, *Il nomos della terra*, Milano, 1991.

[15] Sia consentito rinviare al mio *Il* nomos *della deterritorializzazione*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 99-139.

[16] Cfr. G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 20-56.

[17] Cfr. WKYMLINKA-WNORMAN, *Return of the Citizen: a Survey of Recent Work on citizenship*, in *Theorizing Citizenship*, 1995, 283-284.

[18] Vale a dire «quanti hanno stabilito nel territorio della comunità il loro domicilio senza esserne originari» U. ZILLETTI, *Incolato (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1968, 541. Incolato viene da *in ecolere*, abitare secondo la ricostruzione etimologica del Dizionario della lingua italiana Treccani.

[19] Sul concetto di azione e di comunità politica qui sottointeso è quello rintracciabile nel pensiero di H. ARENDT, *The Human Condition*, 1958 Chicago, trad. it. *Vita activa. La condizione umana*, 1964 e *Che cos'è la politica?*, III ed., Milano 2001. Rinvio per altre osservazioni *infra*.

[20] C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., 302.

correnza con altre trasformazioni, si manifesta sotto forma di de-localizzazione.

Se in un mondo caratterizzato dalla convergenza tra ordinamento e localizzazione l'appartenenza allo Stato si nutriva della tendenziale coincidenza tra *jus soli* e *jus sanguinis*, in pieno *nomos* della deterritorializzazione un ricorso illimitato nel tempo e nello spazio dello *jus sanguinis* conduce ad una nazionalità che sembrerebbe foriera di nuove e più forti barriere all'interno dello *spazio costituzionale comune*. Anche se i confini possono essere funzionali ad un dialogo nel rispetto delle diversità [21], il timore è che nuovi «confini interni» [22] allo stesso territorio statale possano essere tracciati confondendo la cittadinanza con la nazionalità di sangue [23].

Se vi sono forti segnali di un nuovo rapporto con il territorio, e molti Stati hanno introdotto varie forme di combinazione tra i criteri dello *jus sanguinis* e dello *jus soli*, con accenni di *jus domicili*, in Italia continua a riscontrarsi un'iperespansione dell'acquisto della cittadinanza *jure sanguinis*, con significativi risvolti sul ruolo degli emigrati all'estero nella vita politica del nostro paese. Questo è un fenomeno che ora proveremo ad analizzare nell'ordinamento italiano, ma che è comune a molti Stati dove si sta diffondendo la sensazione di diaspore nazionali [24].

In nome del principio di nazionalità basato sullo *jus sanguinis*, infatti, le considerazioni che inducono, come vedremo, a *proteggere* la cittadinanza politica degli italiani che vivono, lavorano e sostengono la maggior parte dei costi sociali all'estero, senza distinguere tra emigrati ed emigranti, finiscono per coincidere con le convinzioni che rifiutano qualsiasi forma di partecipazione alla cittadinanza politica delle persone di nazionalità straniera che sul territorio statale stabilmente vivono, lavorano e sostengono i costi sociali [25].

---

[21] F. CASSANO, *Il pensiero meridiano*, Roma-Bari, 1996, 56 e 62. «la frontiera non unisce e separa, ma unisce *in quanto* separa»: «*frontiera*, *confine*, *limite*, *bordo*, *margine* sono anche l'insieme dei punti che si hanno *in comune …* con-fine vuol dire infatti contatto … insomma ci può essere un lato debole del confine, un confine che unifica e non contrappone, un confine in cui la prima parte della parola (con) vince sulla seconda (fine)».

[22] Cfr. E. BALIBAR, *Droit de cité. Culture et politique en démocratie*, 1998.

[23] Inoltre de-localizzazione non significa libertà di circolazione delle persone, che anzi incontrano molti più ostacoli di quanto non abbiano capitali, servizi e beni in quello che è definito un mondo globalizzato. Sono le barriere doganali ad essere rimosse, ma per le persone i confini dei *grandi spazi sovranazionali* sono più armati che mai. Cfr. S. SASSEN, *Migranti, coloni rifugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Milano, 1999.

[24] Cfr. F. WRIGGS, *Globalization, Ethnic Diversity, and Nationalism: The Challange for Democracies*, in *Annals 35 of the The American Academy of Political and Social Science*, 2002, 581.

[25] . Cfr. F. LANCHESTER, *L'innovazione costituzionale dilatoria e il voto degli italiani all'estero*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2000, 123-124 e G. FRANCHI SCARSELLI, *Una legge misconosciuta degli stranieri alla vita pubblica*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2000, 649 che segnala anche un'azione di erosio-

Se il *gap*, da un lato, tra i generi *nella* rappresentanza, dall'altro, tra residenti a lungo termine e i votanti [26], possono considerarsi indicatori di distacco della democrazia rappresentativa dalla sua doverosa propensione inclusiva [27], il complesso processo di riforma del voto degli italiani all'estero che ha inaugurato il nuovo millennio corrobora, d'altra parte, un'accezione «chiusa» del popolo sovrano. Le leggi cost nn. 1/2000 e del 2001 e la loro attuazione legislativa [28] destano perplessità di ordine costituzionale, evidenziando il ruolo che il principio di nazionalità declinato con lo *jus sanguinis* può giocare in un mondo de-territorializzato, anche per le difficoltà di tenuta della Costituzione e della democrazia pluralista.

Tale riforma assume forme particolarmente discutibili proprio alla luce dei criteri per l'acquisto della cittadinanza che il legislatore italiano ha fatto propri, creando senza soluzione di continuità generazioni di italiani *jure sanguinis* [29].

La centralità dello *jus sanguinis* a detrimento dello *jus soli* e soprattutto dello *jus domicili* in un mondo delocalizzato cela un'idea di nazione come entità ontologicamente omogenea [30], penalizzando il carattere pluralista delle nostre società. Eppure la cittadinanza costituzionale dovrebbe nutrirsi di altro,

---

ne degli istituti complementari al voto amministrativo volti alla «partecipazione alla vita pubblica a livello locale».

[26] G. ZINCONE, *Da sudditi e cittadini*, Bologna, 1992, 235. La letteratura anglosassone ha recuperato il termine di *denizenship* per indicare la condizione del migrante residente di lungo periodo in uno Stato senza potere esercitare i diritti politici.

[27] J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi teoria politica*, Milano, 1998, 123 ss.

[28] Con le due leggi costituzionali si è proceduto alla revisione dell'art. 48 e degli artt. 56 e 57. È stata poi approvata la legge – la legge n. 459/2001 – a cui il novellato art. 48, Cost. rinvia per assicurare «l'effettività» del diritto di voto degli italiani all'estero.

[29] In base alla legge n. 91/1992, è cittadino italiano, indipendentemente dal luogo di nascita, chi nasce da genitori cittadini italiani. La trasmissione di cittadinanza non prevede limiti ma non consente salti di generazione. Prima che venisse riconosciuto il diritto alla «doppia cittadinanza», quindi, molte persone hanno perduto la cittadinanza italiana. Inoltre, la donna trasmette la cittadinanza solo dal 1948, e solo per gli effetti retroattivi di declaratoria di incostituzionalità della legge n. 555/1912, ad opera dalla sentenza della Corte cost. n. 87/1975. L'art. 10, 3° comma, di tale legge prevedeva, infatti, che «la donna cittadina che si marita con uno straniero perde la cittadinanza italiana, sempre che il marito possieda una cittadinanza che per il fatto del matrimonio a lei si comunichi». Cfr. Cass., Sez. Un., 27 novemvre 1998, n. 12061; Cass., Sez. I, 18 novembre 1996, n. 10086. Cfr. Cass., Sez. Un., 27 novembre 1998, n. 12061; Cass., Sez. I, 18 novembre 1996, n. 10086.

[30] Si allude alle posizioni di chi come C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, 297, ritiene che la democrazia politica si basi «sull'appartenenza a un determinato popolo, dove questa appartenenza a un popolo può essere determinata da momenti assai diversi (idee di razza comune, fede, destino comune e tradizione) », 298, e che «Il suffragio universale non è quindi il contenuto dell'eguaglianza democratica, ma la conseguenza di un'eguaglianza presupposta», 299.

assolvendo alla funzione di creare una tendenziale corrispondenza tra chi anima la vita condivisa nel riconoscimento dell'unità costituzionale e il diritto di elettorato, attivo e passivo [31].

## 2. *Nazionalità e cittadinanza. Italiani, o cittadini, questo è il problema* [32]

La comune genealogia della cittadinanza e della nazionalità [33] trova, com'è noto, la propria matrice nel concetto di nazione che nella rivoluzione francese [34], al di là delle enfatizzazioni, come ha scritto Giuseppe Guarino, è stato «lo strumento tecnico» [35] che ha consentito di affermare il potere popolare contro la monarchia assoluta. La cittadinanza è nazionale, anche perché, in un momento storico di sostanziale convergenza tra popolo e territorio, la *nationalité*, l'appartenenza allo Stato nazione, e la *citoyenneté*, la partecipazione alla comunità politica [36], tendevano a coincidere.

Pur nella consapevolezza delle poliedriche e problematiche sfumature di tale concetto, l'idea di nazione in origine corrisponde, quindi, all'idea d'adesione soggettiva alla comunità politica [37], quella che intendeva esercitare un

---

[31] Cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla costituzione*, Padova, ult. ed. 2002, 31 che nella nozione estesa di popolo comprende «tutti coloro i quali esercitano la loro influenza sul governo attraverso l'esercizio dei diritti di libertà».

[32] Si richiamano *infra* alcune osservazioni, riviste e ampliate, già sviluppate in particolare in *Comunità politica e Costituzione: il voto nella deterritorializzazione*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, 411 ss.

[33] J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica*, Torino 1992, 106 distingue tra «identità nazionale», come appartenenza prepolitica basata su fattori culturali e linguistici e «cittadinanza politica», intesa come prassi collettiva finalizzata all'autodeterminazione.

[34] CFR. F. SIRJACQUES-MANFRASS, *Il concetto francese di nazione e le sue ripercussioni politico-culturali in Europa dopo il 1945*, in *I problemi delle nazionalità in Europa dopo la seconda guerra mondiale*, seminario organizzato dall'Associazione scientifica internazionale di docenti e ricercatori nel campo delle discipline filosofiche, storiche e dell'area disciplinare dell'Educazione civica a Otzenhausen (Germania)/ Strasburgo, 4-8 settembre 2000, in *www.arifs.it*, dove chiarisce che il riconoscimento della volontà insito nel concetto di nazione rende possibile creare «quella base dell'appartenenza comune che allora difficilmente avrebbe potuto richiamarsi ad altri elementi dell'appartenenza, come la cultura, la lingua, la discendenza e perfino la storia, poiché molte regioni periferiche vennero aggregate tardi alla Francia».

[35] G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, 60.

[36] G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza*, cit., 37.

[37] F.CHABOD, *L'idea di nazione*, Bari 1962, riteneva che due fossero i modi di considerare la nazione: dal punto di vista «naturalistico» l'uno (e lo sbocco fatale sarà il razzismo); dal punto di vista «volontaristico», l'altro. E ID., *Storia dell'idea di Europa*, Bari, 1965, 171 aggiunge «il senso *europeo* è tutto costituito da *volontarismo*, non da *naturalismo*». E. GROSSO, *Le vie della*

potere costituente di un nuovo ordinamento, basato sulla libertà, l'uguaglianza e la fratellanza. Tale concetto ha subìto in seguito alcune torsioni, indagando le quali non ci si può esimere dal considerare il contesto storico [38]. Si allude, in particolare, al tardivo e difficoltoso processo italiano d'unificazione nazionale e alla letteratura storiografica e pubblicistica [39] che lo hanno accompagnato, evidenziando «l'esigenza che vi fosse una stretta corrispondenza tra l'organizzazione degli stati e le singole comunità nazionali» [40]. La torsione in senso naturalistico della nazione sarà poi compiuta dal fascismo, come ha dimostrato anche Carlo Esposito [41].

Se si conviene che il Costituente si sia limitato, semplicemente, a prendere atto della «coincidenza tra organizzazione statuale e nazione italiana (…) assunta come dato storico, cioè come fatto esistente» [42], i riferimenti alla Nazione presenti nel testo della Costituzione risultano compatibili con l'universalità dei diritti fondamentali. Il ripudio della concezione mistica ed inconscia del popolo [43] insito nella pari dignità sociale di ogni persona, quale ragione fon-

---

*cittadinanza*, Padova, 1997, 5 ss.; R. BRUBACKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, 1997, 97.

[38] Cfr. in particolare C. GHISALBERTI, *Stato nazione e Costituzione nell'Italia contemporanea*, Napoli, 1999, 332, E.P. SCOPPOLA, *Educazione alla cittadinanza e costruzione dell'identità nazionale*, in *Le idee costituzionali della resistenza*, Atti del convegno di studi ottobre 1995, a cura di C. FRANCESCHINI-S. GUERRIRI-G. MONINA, 59.

[39] A partire da Pellegrino Rossi in poi il rapporto tra nazione e Costituzione è stato esaltato quale modello di organizzazione politica per l'Italia. Si ricorda che P.M. MANCINI, *Il principio di nazionalità*, Roma, 1920, che come riporta Guarino ebbe «larga risonanza» in Italia, tentava una sintesi tra la concezione naturale e la concezione elettiva o volontaristica di nazione, perché riteneva i presupposti naturali non sufficienti.

[40] G. GUARINO, *Lezioni*, cit., 61.

[41] C. ESPOSITO, *Lo Stato e la Nazione italiana*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937 409 ss., 453, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1999, 227, escludeva che le parole «nazionalità e Nazionali» «cittadinanza e cittadini» avessero nel nostro ordinamento, nel 1937, significati divergenti o contrastanti», spiegando che accanto a una serie di disposizioni «nelle quali la cittadinanza viene detta «nazionalità» e cioè (conforme alla definizione autentica del … 1929) per nazionalità si intende «la appartenenza politica di una persona allo Stato», (219), «non ne sono mancate tuttavia, particolarmente di recente, altre le quali hanno dato un diverso significato alla parola «nazionalità» (223) come appartenenza in senso soggettivo allo Stato e alla nazione basata su elementi fisici, culturali, sentimentali, deontologici, politici» (225).

[42] G. GUARINO, *Lezioni*, 63 aggiunge che «Il costituente peraltro era perfettamente consapevole che tale coincidenza non era, come non è, assoluta».

[43] G. GUARINO, *Lezioni*, cit., 53 afferma che la Costituzione «ripudia il concetto di popolo come unità mistica ed inconscia (*Volksgeist*), come un'entità spirituale, che abbraccia generazioni presenti assieme a quelle passate e future, tutte unite da una comunanza di spirito, di tradizione, di sangue e di destino». Sulla riflessione della distinzione tra il concetto di popolo e quello di nazione cfr. R. ROMBOLI, *La nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1984, 164.

dante della universale titolarità dei diritti fondamentali [44], permette di accedere ad un'interpretazione storica-sistematica anche della formula dell'art. 67 Cost. [45].

In particolare, la distinzione tra gli «italiani non appartenenti alla Repubblica» e i «cittadini», laddove il 2° comma, dell'art. 51, Cost. ne consente la parificazione per legge, restituisce l'idea che cittadini sono coloro che appartengono alla Repubblica. Essere italiani di origine non significa automaticamente godere di quella cittadinanza che vanta chi partecipa ai compiti e ai fini della Repubblica, ai diritti e ai doveri che la residenza sul territorio consente di esercitare. Ai sensi dell'art. 9, 2° comma, Cost., infatti, è il paesaggio e quindi il territorio, nonché l'arte e la storia a essere «della Nazione» [46]. La coscienza di un'appartenenza ad uno *spazio pubblico comune* si consolida attraverso l'esercizio dei diritti nella pluralità e nel pluralismo con tutti i conflitti che questo comporta [47].

Sebbene nella giurisprudenza della Corte costituzionale non siano rinvenibili interpretazioni nazionaliste [48], ma anzi vi si riscontrino alcuni rinvii al ca-

---

[44] Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione*), in *Studi Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.

[45] G. GUARINO, *Lezioni*, cit., 60-61 afferma che la formula «ogni membro del parlamento rappresenta la Nazione» si limita a «riconsacrare a mezzo di una formula storicamente già sperimentata i principi dello Stato di diritto e del potere costituito e della democrazia rappresentativa». In Assemblea costituente l'articolo «ogni membro del parlamento rappresenta la Nazione» è stato votato senza discussione; in sottocommissione si prese in considerazione l'idea di eliminare la disposizione.

[46] Cfr., per tutte, la sent. n. 118/1990 ove afferma che «l'art. 9 della Costituzione ... impegna la Repubblica ad assicurare, tra l'altro, la promozione e lo sviluppo della cultura nonché la tutela del patrimonio storico ed artistico della Nazione quale testimonianza materiale della civiltà e della cultura del Paese».

[47] G. AZZARITI, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa dei diritti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Atti del convegno di studi Napoli, 22-23 marzo 2002, Milano, 2003, 404, «nessun principio in sé e per sé può sostanziare un'appartenenza, individuare una civiltà o può valere a caratterizzare un popolo. Tanto più in società complesse e articolate, caratterizzate non solo dal politeismo dei valori, ma ancora prima dal loro elevato numero».

[48] Nella risalente la sent. n. 87/1966, con la quale la Corte dichiara l'illegittimità del 2° comma, dell'art. 272, c.p. che puniva chiunque facesse propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale, si afferma: «Questo sentimento, che non va confuso col nazionalismo politico, corrisponde al modo di sentire della maggioranza della Nazione e contribuisce al senso di unità etnica e sociale dello Stato. Ma è pur tuttavia soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità. La relativa propaganda non è indirizzata a suscitare violente reazioni, come nel caso precedentemente esaminato, né è rivolta a vilipendere la Nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti. Non trattasi quindi di propaganda che ha finalità illecite, e pertanto qualsiasi limitazione di essa contrasta con la libertà garantita dall'art. 21, Cost.».

rattere politico ideale della Nazione [49], in Italia la distinzione tra cittadinanza e nazionalità resta ambigua [50].

Per sciogliere tale ambiguità dovremmo guardare alla diversa accezione che in altri ordinamenti assumono le parole *nationality* e *citizenship*, *nationalité* e *citoyennité*, che in particolare alla luce dell'ordinamento internazionale dovrebbero essere tradotte con le espressioni di cittadinanza formale e cittadinanza sostanziale [51]. Il diritto internazionale avalla, infatti, una concezione della nazionalità priva di un'accezione naturalistica, ma fondata piuttosto sull'appartenenza all'ordinamento di un determinato Stato [52]. La cittadinanza sembrerebbe essere il corredo giuridico di tale appartenenza, con particolare riferimento ai diritti politici [53].

Basti pensare che in lingua inglese anche la «doppia cittadinanza» è detta *dual nationality*. Scoraggiando la residenza legale di lungo periodo dei migran-

---

[49] Cfr. alcuni passaggi della giurisprudenza costituzionale: nella sent. n. 496/2000, «quasi che nella nostra Costituzione (…) non esistesse un solo popolo, che dà forma all'unità politica della Nazione»; ancora nella sent. n. 189/1987, a proposito de «il diritto delle minoranze etniche d'esporre bandiere di Stati esteri (che simboleggiano le Nazioni nelle quali le stesse minoranze spesso dichiarano di riconoscersi, a volte in dialettica con la Nazione italiana, simboleggiata dalla relativa bandiera) … La verità è che non soltanto le minoranze etniche ma anche gruppi intermedi (ad es. associazioni politiche, sindacali, culturali ecc.) e soggetti pubblici e privati possono riconoscersi nelle idealità perseguite da Stati ed avere, pertanto, interesse ad adottare le relative bandiere come segno distintivo della propria individualità politico-sociale»; sotto altro profilo, la sent. n. 219/1984, si invita le regioni e lo Stato a adeguarsi a «quel modello di cooperazione e integrazione nel segno dei grandi interessi unitari della Nazione»; sotto altro ancora, la sent. n. 1/1999 ribadisce che «il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni d'imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione. Valore, quest'ultimo, in relazione al quale il principio posto dall'art. 97 Cost. impone che l'esame del merito sia indipendente da ogni considerazione connessa alle condizioni personali dei vari concorrenti (cfr. sentt. nn. 333/1993 e 453/1990)».

[50] Anche per la «nuova attualità dell'idea di nazione» che, come spiega P. CARROZZA, nella ricca voce *Nazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, X, 1995, 126 ss, in particolare 128, è un fenomeno correlato alla crisi dello stato-nazione.

[51] Cfr. E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo* 2000, 505 ss; C. SALAZAR, *Tutto scorre: riflessioni su cittadinanza, identità diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2001, 377.

[52] Cfr. in particolare la Corte interaz. di giustizia, *Liechtenstein vs. Germania*, Caso Nottebohm, 1955, in ICJ REPORTS 15, in *http//www.coe.int* ne ha dato una definizione come «il legame giuridico tra un individuo e uno Stato, e non sta ad indicare l'origine etnica del primo». Tra le molte fonti di diritto internazionale, basti citare l'art. 15 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo che in italiano suona «ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza», laddove la versione in inglese recita *nationality*.

[53] Per esempio *national* degli Stati Uniti è la persona che, sebbene non sia cittadino, possiede una fedeltà permanente agli Stati uniti, a norma dell'art. 101 dell'*Immigration and Nationality Act* (INA).

ti [54], la doppia cittadinanza negli USA non è prevista *de jure*, ma neanche vietata, consentendo al nuovo cittadino americano di non perdere la cittadinanza originaria, mentre il cittadino americano che acquisti una cittadinanza straniera attraverso una propria dichiarazione di volontà potrebbe («*may*») perdere quella statunitense, anche se è esclusa ogni forma d'automatismo [55]. La norma sulla «doppia cittadinanza» nel nostro ordinamento sembra, invece, ancora una volta rivolgersi più ai cittadini che agli stranieri che vivono in Italia [56]. Ai sensi dell'art. 11 della legge 5 febbraio 1992, n. 91 [57] «il cittadino che possiede, acquista o riacquista una cittadinanza straniera conserva quella italiana» [58], alludendo alla mera conservazione dei cittadini, piuttosto che ad un'apertura all'acquisto di nuovi [59].

Il nodo centrale resta sempre il criterio in base al quale si acquista la cittadinanza.

Negli USA è direttamente la Costituzione a stabilire al XIV emendamento che godono della cittadinanza americana «tutte le persone nate o naturalizzate negli Stati Uniti» [60]: nel primo caso a prescindere dallo *status* di cittadini e di

---

[54] Molte persone che vivono sul territorio americano preferirebbero non acquistare la cittadinanza americana, ma sono spinte a farlo. Cfr. L. KERBER, *I significati della cittadinanza*, 80.

[55] La *citizenship clause* del XIV emendamento (*infra*), secondo la Corte suprema (*Afroyim v. Rusk* del 1967 *e Vance v. Terrazas* del 1980), impedisce al Congresso di revocare la cittadinanza americana in assenza di una chiara manifestazione di tale intento da parte del cittadino. Il Dipartimento di Stato ha però introdotto delle presunzioni di volontà di perdita della cittadinanza nel 1990.

[56] Cfr. la Convenzione di Strasburgo del 6 maggio 1963 sulla riduzione dei casi di cittadinanza plurima e sugli obblighi militari di cittadinanza plurima, ratificata con la legge 4 ottobre 1966, n. 876. L'art. 5 della Convenzione prevede che chiunque possiede doppia o plurima cittadinanza è tenuto agli obblighi militari nei confronti di uno solo degli Stati di cui sia cittadino (ora art. 22 della legge n. 91/1992). Cfr. le sentt. nn. 974/1988 e la 278/1992 per chi ha prestato e chi sia tenuto a prestare il servizio militare nello Stato straniero di cui sia divenuto cittadino.

[57] «Nuove norme sulla cittadinanza» di riforma della legge 3 giugno 1912, n. 555.

[58] Chi aveva perduto la cittadinanza italiana per averne acquistato volontariamente una straniera prima del 16 agosto 1992 ha avuto facoltà di riacquistarla, pur rimanendo all'estero, sottoscrivendo presso il Consolato ed entro il termine del 31 dicembre 1997, una dichiarazione formale. Gli effetti giuridici di questo riacquisto decorrono dal giorno successivo a quello in cui l'interessato ha firmato la dichiarazione a condizione che egli abbia presentato tutta la documentazione prevista dalla legge. Chi non si è avvalso della possibilità di riacquistare la cittadinanza italiana, può ridiventare cittadino italiano dopo un anno di residenza continuativa, legale ed effettiva in Italia.

[59] Per quanto riguarda lo straniero che intenda acquistare la cittadinanza italiana, infatti, solo nel 2004 con il decreto del Ministero dell'Interno del 7 ottobre è stata abrogata la disposizione di cui al punto 3 del decreto del Ministero dell'Interno del 22 novembre 1994, così come modificato dal decreto del 25 maggio 2002, che prevedeva la dichiarazione di svincolo dalla cittadinanza originaria.

[60] Questa *citizenship clause* era stata introdotta per garantire la cittadinanza degli schiavi n. dei discendenti dopo la Guerra civile americana. C. TIBUCIO, *The Human rights of aliens under*

residenti legali dei genitori [61], nel secondo dopo cinque anni di stabile residenza [62]. Si è assunta quindi un'accezione dello *jus soli* molto ampia e comprensiva dell'incolato [63]. Conferma ne sono anche le limitazioni poste alle clausole *jure sanguinis*: nel caso *Rogers v. Bellei* la Corte Suprema ha deciso che lo *status* di cittadinanza di una persona nata all'estero da genitore americano non è costituzionalmente protetta; la legge prevede che i figli nati all'estero da genitori americani che non hanno mai vissuto negli Stati Uniti non acquistano la cittadinanza americana. Questa è una previsione che mira ad impedire la proliferazione senza fine di generazioni di americani nati all'estero.

Il nostro legislatore ancora nel recente 1992, invece, ha approvato una legge sulla cittadinanza, la n. 91, che è stata rivista solo per «portare alle estreme conseguenze lo *jus sanguinis*» [64], che resta il criterio fondamentale nonché autosufficiente per l'acquisto della cittadinanza italiana [65], senza limitazioni di

---

*international and comparative law*, The Hague, 2001, distingue tra *nationality e naturality* indicando con quest'ultimo termine un collegamento territoriale: chiunque nasce sul territorio delle Stato è *natural*. In Italia, come vedremo, il requisito della nascita sul territorio dello Stato non è sufficiente per l'acquisto della cittadinanza.

[61] Molti e ripetuti sono stati i tentativi di limitare l'accesso alla cittadinanza americana, non ultimo il recente tentativo di limitare l'acquisto della cittadinanza alle persone nate nel territorio americano solo se almeno un genitore è cittadino o residente permanente («*green card holder*»).

[62] Cfr. art. 337 dell'*Immigrationa and Nationality Act*. Gli altri requisiti sono la conoscenza dell'inglese e della storia e dell'ordinamento americano. Il 7 marzo 2003 è stato adottato il *Bill for Foreign Nationals Servings in US Armed Forces* in base al quale per la naturalizzazione è sufficiente un anno di servizio, con esonero da alcune pratiche che rendono l'ordinario procedimento molto oneroso. Sono 30.000 mila i soldati non cittadini che stanno combattendo in Iraq con le forze armate americane. È previsto anche l'acquisto postumo della cittadinanza e l'estensione dei benefici ai parenti del soldato deceduto.

[63] Basti considerare che nel 1990 il 76 per cento degli immigrati italiani negli USA avevano ottenuto la cittadinanza per naturalizzazione. Gran parte degli italiani che vivono negli Stati Uniti sono americani naturalizzati, in base a criteri che in Italia non consentirebbero di ottenere la cittadinanza.

[64] La legge n. 379/2000 recante «disposizioni per il riconoscimento della cittadinanza italiana alle persone nate e già residenti nei territori appartenuti all'Impero austro-ungarico e ai loro discendenti» ha portato «alle ultime conseguenze il criterio dello *jus sanguinis*», secondo P. BONETTI, *Italiani si nasce e si diventa (ieri, oggi e domani)*, *in forum dei quaderni costituzionali* del 4 giugno 2001. Cfr. le considerazioni di E. GROSSO, *Italiani si nasce ... o si diventa? Come elevare per legge il numero dei cittadini) e quindi dei futuri elettori residenti all'estero*, in *Forum dei quaderni costituzionali*.

[65] L'acquisto *jure soli* della cittadinanza italiana è limitato a «chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono. È considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza» . Lo straniero nato in Italia, invece, con una manifestazione della propria volontà di adesione alla comunità politica, può ottenere la cittadinanza solo se dimostra una residenza «legale» e «ininterrotta» sul territorio fino al compimento della maggiore età. Nulla è previsto per lo straniero che non sia nato in Italia, che non si sposi con o non venga

tempo né di carattere domiciliare, rendendo questo diritto un'eredità che si trasmette di generazione in generazione, soprattutto alla luce del diritto alla doppia cittadinanza. Una concezione della cittadinanza «statica e clanica» [66], incentrata sulla nazionalità di sangue in contraddizione con la sua valenza d'adesione soggettiva a un ordinamento [67].

Senza soluzione di continuità, infine, si trasmettono anche i diritti d'elettorato, contrariamente ad altri ordinamenti che, invece, hanno introdotto alcune limitazioni temporali (Germania e Gran Bretagna) al mantenimento del diritto di voto dei cittadini all'estero. In altre parole, in alcuni ordinamenti si distingue tra cittadini residenti all'estero stabilmente e temporaneamente. La distinzione tra emigrati permanenti e emigranti temporanei è un criterio che sembra aver adottato nel 1999 anche l'Assemblea del Consiglio d'Europa [68]. Attraverso tale distinzione, nella convinzione che le migrazioni sono un'occasione per costruire ponti tra le culture e gli stati, forse sarebbe possibile favorire e sostenere flussi migratori senza contribuire a minare le basi della rappresentanza e della responsabilità politica.

## 3. *Italiani all'estero e voto. La rappresentanza nazionale «frazionata»*

Come già anticipato, le osservazioni critiche alla disciplina della cittadinanza e all'assenza di limiti temporali per l'esercizio dei diritti di elettorato, non intendono negare il diritto di voto dei cittadini all'estero [69], rientrando essi tra

---

adottato da persona di cittadinanza italiana. La residenza sul territorio per quattro, cinque e dieci anni asseconda dei casi rileva ai soli fini della naturalizzazione, vale a dire di una concessione ampiamente discrezionale delle pubbliche autorità, peraltro strettamente connessa alle condizioni di censo, anche in base alla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr. B. NASCIMBENE, *La condizione giuridica dello straniero. Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova 1997.

[66] F.G. PIZZETTI, *Gli stranieri: solo elettori o anche cittadini?*, in *http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/stran.htm*.

[67] Cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari,1999, VII.

[68] Assemblea parlamentare, raccomandazione 26 maggio 1999, 1410, *Links between Europeans living abroad and their countries of origin*, in *http//assembly.coe.int.* che chiedeva anche l'istituzione di un Consiglio degli europei all'estero e soprattutto auspicava il ricorso a criteri di cittadinanza piuttosto che di territorialità, ma nell'ambito di una chiara distinzione tra emigrati permanenti e temporanei.

[69] Sin dal primo Congresso degli italiani all'estero che si tenne a Roma il 1908 si deplorava l'esclusione dall'esercizio del voto politico di «una parte considerevole e scelta del corpo sociale». Con la legge 13 giugno 1912, n. 555 si concedono forme particolari di cittadinanza sia ad alcuni stranieri che agli italiani residenti nelle colonie. La legislazione fascista aveva messo come

«tutti i cittadini» di cui all'art. 48 Cost. In Assemblea costituente peraltro il presidente della Commissione per la Costituzione Ruini pronunciò una dichiarazione interpretativa in base alla quale la contrarietà dell'Aula ad ogni riferimento all'*esercizio* del diritto di voto dei cittadini all'estero non comportava affatto la loro esclusione da tale diritto; si rinviava alla legge ordinaria la soluzione di tale annosa questione perché «l'Assemblea, a notevole maggioranza, ha creduto che la nostra Costituzione non possa assicurare l'esercizio del diritto di voto» [70].

In Assemblea costituente, tuttavia, nessuno avanzò l'ipotesi di grandi collegi all'estero o di un collegio unico per tutti gli emigrati, ipotesi esclusa *a priori* anche da coloro che si sono fatti portavoce della dolorosa «questione» degli italiani all'estero [71]. Nel 2000, invece, con una pressoché unanime approvazione parlamentare si è introdotto nella prima parte della Costituzione, all'art. 48, un istituto tipico della parte dedicata all'ordinamento della Repubblica [72], la circoscrizione estero. Si è istituita una circoscrizione extraterritoriale per la rappresentanza di quella che viene considerata una comunità a se stante, portatrice di interessi fin «troppo specifici, più nazionalistici che nazionali» [73]. E lo si è fatto al fine di «creare un autonomo circuito della rappresentanza politica per gli italiani residenti all'estero, un circuito parallelo a quello della rappresentanza dei cittadini residenti sul territorio nazionale» [74], in favore degli iscritti nell'anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE) [75] nella quale ven-

condizione per l'esercizio del diritto di elettorato la residenza, preoccupato del voto antifascista dei fuoriusciti, ma anche i governi di liberazione nazionale con i decreti legislativi in materia di elettorato si adeguarono preoccupati piuttosto dal voto dei fascisti e dei monarchici riparati all'estero. Oggi, la residenza avrebbe invece il pregio di controbilanciare gli effetti più insidiosi della delocalizzazione.

[70] Assemblea costituente, CXXX, 23 maggio 1947, 4208 ss., in particolare 4211. Analoga precisazione era d'altra parte già stata pronunciata da altri costituenti, in particolare da Morelli (cfr. pag. 4210, stessa seduta).

[71] Cfr. Assemblea costituente, CXXVII, seduta martedì 20 maggio 1947, On. Preziosi, pagina 4087.

[72] La legge cost. n. 1/2000, dopo il 2° comma, dell'art. 48 ha introdotto: «la legge stabilisce requisiti e modalità per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini residenti all'estero e ne assicura l'effettività. A tale fine e istituita una circoscrizione estero per l'elezione delle Camere, alla quale sono assegnati seggi nel numero stabilito da norma costituzionale e secondo criteri determinati dalla legge».

[73] E. BETTINELLI, *Il voto degli italiani all'estero*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Riforme elettorali*, Bari-Roma, 1995, 209. Sia chiaro, e mi preme di sottolineare che non si intende dire che gli italiani all'estero siano nazionalisti o che siano politicamente omogenei.

[74] Intervento del sen. Villone nella seduta del 27 gennaio 2001.

[75] Sono state istituite con la legge 22 ottobre 1988, n. 470 e regolamentate con il d.p.r. 6 settembre 1989, n. 323. La recente legge 27 maggio 2002, n. 104 reca disposizioni per il completamento e l'aggiornamento dei dati per la rivelazione dei cittadini italiani residenti all'estero, apportando modificazioni alla disciplina del 1988. Il T.U. 20 marzo 1967, n. 223 prevedeva la

gono iscritti i cittadini dopo un periodo di permanenza all'estero superiore ai dodici mesi, senza limiti di tempo [76].

L'istituzione della circoscrizione estero segna l'ultima tappa, non scontata, di un percorso normativo che iniziò forse nel 1979, quando la legge n. 40 eliminò l'onore gravante sui cittadini all'estero di chiedere la conservazione dell'iscrizione o la reiscrizione nelle liste elettorali, che a giudizio della Corte consisteva in un ragionevole onere: «il comportamento necessitato, a parte il fatto che, se posto in essere, è dimostrativo o indicativo di una persistente volontà o persuasione del cittadino (residente stabilmente all'estero) di essere legato alla madre patria, non costituisce in sé un rilevante sacrificio della sfera di libertà e di autonomia del soggetto» (sent. n. 240/1975) [77].

Se anche la circoscrizione estero in sé non fosse sufficiente a frantumare la rappresentanza, ma solo ad alterarne la corrispondenza con il territorio nazionale, il complesso processo di riforma contiene ulteriori elementi che concorrono alla frammentazione della rappresentanza nazionale. Non solo si tratta di una rappresentanza «separata» e «extraterritoriale», ma alla circoscrizione estero, inoltre, con la legge cost. n. 1/2001, si sono attribuiti diciotto seggi parlamentari (artt. 56 e 57 Cost. novellati) con l'elezione di dodici deputati e sei senatori, all'interno dell'invariato numero complessivo dei seggi parlamentari. Per di più, in contrasto con l'art. 51 in combinato disposto con il chiaro dettato dell'art. 56 che stabilisce che «sono eleggibili a deputati tutti gli elettori che

possibilità per gli elettori residenti all'estero di richiedere l'iscrizione nelle liste elettorali del comune di nascita. Tale facoltà non era stata, viceversa, prevista per l'iscrizione all'Aire. Pertanto, ad evitare che si verificasse il caso di un cittadino iscritto nell'Aire del Comune di ultima residenza, ma nelle liste elettorali del comune di nascita, la legge n. 15/1992 ha disposto che, qualora venga inoltrata richiesta al Sindaco del comune di nascita di iscrizione nelle liste elettorali ai sensi dell'art. 6 di tale legge, se la domanda è accolta, l'interessato deve essere iscritto nell'AIRE del medesimo Comune.

[76] Il regolamento d.p.r. 2 aprile 2003, n. 104 di attuazione della legge n. 459/2001 ha previsto l'istituzione, avvenuta nel maggio 2004, di un Comitato anagrafico elettorale che ha il compito di realizzare e aggiornare l'elenco dei cittadini italiani residenti all'estero al fine dell'esercizio del voto, unificando i dati del ministero degli affari esteri con quelli del ministero dell'interno. Appare utile ricordare che in occasione dei *referenda* del 2003 erano iscritti 1,9 milioni in queste liste, in un anno e mezzo si è registrato un aumento di circa 800 mila posizioni. L'allineamento complessivo è pari pertanto al 65,5% dei dati degli schedari consolari ed al 77,7% dei dati A.I.R.E. Il numero delle posizioni non definite è circa di 700 mila posizioni presso il Ministero dell'Interno, cioè riferite a cittadini sconosciuti ai Consolati ma iscritti alle A.I.R.E. dei Comuni e quindi, in base all'attuale normativa, presenti nell'elenco elettori. Mentre restano esclusi circa 1.300.000 iscritti soltanto negli schedari consolari (Fonte: Roma, 2-4 marzo 2005 – Affari esteri – in occasione della Assemblea del Consiglio Generale degli Italiani all'Estero).

[77] Per erronea indicazione della norma censurata si è dichiarata la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della disposizione che prevedeva che non si procedesse a notificazione da parte della amministrazione finanziaria presso la residenza iscritta nell'AIRE del cittadino trasferitosi all'estero (ord. n. 417/2001).

nel giorno delle elezioni hanno compiuto i venticinque anni di età» [78], l'art. 8 della legge di attuazione del nuovo comma dell'art. 48 – la legge n. 459/2001 – riserva l'elettorato attivo e passivo in tale circoscrizione ai cittadini all'estero, ognuno nella ripartizione in cui risieda [79].

In Costituzione è, quindi, prevista una «riserva di seggi» in favore degli italiani residenti all'estero. Si è loro garantito il *risultato* di diciotto seggi parlamentari, di un numero prestabilito e garantito di *risultati elettorali*. Le «misure di attribuzione diretta dei risultati» [80] sono meglio conosciute come «quote», termine talvolta impropriamente usato per indicare le misure antidiscriminatorie ideate per favorire la partecipazione delle donne ai processi decisionali [81]. è pur vero che il confine tra le misure discriminatorie e quelle diseguali non sempre è netto, e l'inclusione di un meccanismo promozionale nell'uno o nell'altro tipo di misure può variare asseconda dell'accezione del principio di eguaglianza che si faccia propria. Un'*ipotesi di confine* può considerarsi, ad esempio, la norma che aveva introdotto per l'elezione della Camera dei Deputati l'obbligo dell'alternanza dei sessi nelle candidature in presenza di liste elettorali «bloccate» [82]: in tal modo indirettamente, in conseguenza del «blocco» della lista, si aveva la garanzia che venisse eletta qualche donna. Tale norma, com'è noto, è stata considerata il vero obiettivo della declaratoria di incostituzionalità (attraverso l'illegittimità consequenziale [83] della sent. n. 422/1995 che aveva ad oggetto ben altri tipi di misure, semplicemente antidiscriminatori [84].

---

[78] Per questo profilo di dubbia legittimità costituzionale M. LUCIANI, *Nell'urna di Dakar*, in *La Stampa*, 21 novembre 2001, 30.

[79] La circoscrizione estero è suddivisa in quattro ripartizioni, America settentrionale e centrale, America meridionale, Europa, ed Africa, Asia, Oceania e Antartide. In ciascuna ripartizione è eletto almeno un senatore e un deputato, mentre gli altri due seggi per il Senato e gli altri otto per la Camera sono distribuiti tra le stesse ripartizioni in proporzione al numero dei cittadini che vi risiedono, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti (legge n. 459/2001, art. 6).

[80] L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, I, 1961.

[81] Cfr. la distinzione tra misure diseguali e norme antidiscriminatorie così come ricostruita da L. CARLASSARE, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le regioni*, in L. CARLASSARE-A. DI BLASI-M. GIAMPIERETTI, *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle regioni*, Padova, 2002, spec. 48.

[82] L'art. 4, 2° comma, n. 2, ultimo periodo, del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, come modificato dall'art. 1, della legge 4 agosto 1993, n. 277 (Testo unico delle leggi recanti norme per l'elezione della Camera dei deputati), dichiarato inconstituzionale con la sent. N422 del 1995 per illegittimità consequenziale.

[83] Cfr. sotto questo profilo U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3255 ss. e G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, 3272 ss.

[84] Art. 5, 2° comma, ultimo periodo, della legge 25 marzo 1993, n. 81 imponeva che «nelle

In tale sentenza si dichiarava che l'obbligo legislativo della presenza di entrambi i sessi nelle liste dei candidati, nonostante la formulazione «neutra», fosse «irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica», perché avrebbero inciso «direttamente sul contenuto stesso di quei medesimi diritti, rigorosamente garantiti in eguale misura a tutti i cittadini in quanto tali», tra cui, in particolare, il diritto di elettorato.

Si lamentava, in altre parole, la violazione del carattere generale della rappresentanza [85] ad opera di una *rappresentanza* di genere. Tale impostazione finiva per mortificare il perseguimento della *pienezza* della rappresentanza [86] insito nella promozione, anche attraverso le modulazioni dei diritti di elettorato, della *partecipazione* della maggioranza del corpo elettorale tuttora esclusa dalla vita politica del paese [87]. A fare chiarezza viene in soccorso la stessa giurisprudenza costituzionale che nella recente sent. n. 49/2003 [88], a fronte della scarsa *presenza* (non *rappresentanza*) delle donne alle istituzioni politiche, ha richiamato «l'obiettivo di un riequilibrio *nella composizione della rappresen-*

---

liste dei candidati nessuno dei due sessi può essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi», nella sentenza veniva considerato «una «sorta di azione positiva» volta ad attribuire alle donne direttamente dei risultati, cioè l'elezione: tali misure venivano giudicate «affatto coerenti» con le finalità del 2° comma, dell'art. 3, Cost.

[85] Già prima della sent. n. 422/1995 si era espressa criticamente sulla questione G. BRUNELLI, *L'alterazione del concetto di rappresentanza*, in *Dir. e società*, 1994, 563 ss.

[86] Cfr. L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile: principi formali e effettività*, in F. BIMBI-A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia*, Torino, 1997, 81 ss. e L. RONCHETTI, *Fonti regionali e parità di accesso alle cariche elettive*, Intervento scritto al Seminario di studio organizzato dall'Istituto di Studi sulle Regioni «Massimo Severo Giannini» (ora ISSiRFA), su «Le fonti regionali sodo la legge cost. n. 3/2001» (Roma 19 marzo 2002).

[87] L'Italia occupa il nono posto della relativa graduatoria decrescente nei paesi dell'UE (in base ai dati del 2000 ricavati da *http://www.db-decision.de/index.html*) e scende addirittura al 69° tra i paesi ONU. Nella sent. n. 49/2003 è la stessa Corte a constatare lo «squilibrio di fatto», «storicamente incontrovertibile», «tuttora esistente nella presenza dei due sessi nelle assemblee rappresentative, a sfavore delle donne» (pt. 4, par. 4).

[88] La sentenza n. 49/2003 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste, nella parte in cui prevede che, a pena di invalidità, le liste elettorali per il rinnovo del Consiglio regionale devono comprendere «candidati di entrambi i sessi» (art. 3, 2° comma, e art. 7, 1° comma, legge 13 novembre 2002, n. 21). Cfr. R.BIN-G.BRUNELLI-A.PUGIOTTO-P.VERONESI, *La parità dei sessi nella rappresentanza politica. In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara*, Torino, 2003; L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost*., 2003, 364ss.; G. BRUNELLI, *Un overruling in tema di norme elettorali antidiscriminatorie*, in *Le regioni*, 2003, fasc. 5, 902-918. Si richiamano qui le considerazioni formulate in *L'equilibrio dei sessi nella rappresentanza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. it*., marzo 2003, 479-483.

*tanza*»[89]. La Corte afferma, in particolare, che non è intaccato «il carattere unitario della rappresentanza (…) non costituendosi alcuna relazione giuridicamente rilevante fra gli elettori, dell'uno e dell'altro sesso e gli eletti dello stesso sesso».

Una relazione giuridicamente rilevante tra eletto ed elettore si crea, invece, in base alla residenza per i «seggi» della rappresentanza riservati agli italiani all'estero. In questo caso la «frammentazione» della rappresentanza generale è plateale, concretando una violazione dell'art. 67, Cost. Eppure non ha destato i clamori e le diffuse perplessità che hanno suscitato misure antidiscriminatorie in base al sesso, spesso definite «quote rosa».

Non solo, inoltre, la quota di seggi della rappresentanza per gli italiani all'estero è costituzionalmente garantita e fissata nel numero; tale numero, inoltre, resta invariato anche nell'ipotesi limite in cui dovessero tutti optare per l'espressione di voto in Italia, in un contesto in cui il tasso di partecipazione al voto dei cittadini all'estero, peraltro, è molto basso[90].

Il numero di diciotto seggi, inoltre, già di per sé incide significativamente sui risultati elettorali in un sistema prevalentemente maggioritario, ma il diritto di opzione per l'espressione di voto in Italia consente a chi risiede all'estero anche di scegliere la circoscrizione – estera o nazionale – dove il proprio voto possa dispiegare il massimo dell'efficacia.

Le sorti del principio della rappresentanza e della responsabilità politica sono messe a dura a prova da questa disciplina, senza neanche scongiurare timori pur fondati. Le limitazioni previste per l'elettorato passivo nella circoscrizione estero e in ciascuna delle sue quattro ripartizioni non impediscono, infatti, che la rappresentanza venga egemonizzata da gruppi «estranei» ai problemi delle singole comunità italiane all'estero, se non altro per la grandezza pressoché continentale delle singole ripartizioni che elimina ogni credibile rapporto con il territorio di riferimento.

---

[89] Sentenza n. 49/2003, punto 4.1.

[90] … e dopo l'approvazione della riforma, diminuito a causa dell'unificazione dei dati del Ministero degli interni con quello degli esteri, cfr. *supra* nota 12, e *infra*, 15. Alle Europee del 1994 su 890,032 aventi diritto votarono in 155,398, pari al 17.5; a quelle del 1999 su 1,003,353 aventi diritto votarono in 177,486, pari al 17.7; a quelle del 2004 su 1.198.350 aventi diritto votarono in 103.645, pari al 10.8. Il primo voto degli italiani all'estero svoltosi con il sistema del voto per corrispondenza è stato quello per il *Referendum sull'art. 18*. Risultano restituite dagli elettori 529.455 buste contenenti le schede votate su un invio di 2.208.418 plichi elettorali, pari al 24 per cento degli iscritti nell'elenco elettorale. In Europa invece i voti sono stati 273.784 pari al 21,19%. Gli italiani all'estero hanno votato in massiccia prevalenza «sì» al quesito referendario sull'art. 18 (71,5% dei voti espressi) a favore del mantenimento e l'estensione dei diritti. Sia nelle elezioni dei *comites* (i consigli consolari) e del CGE (la loro assemblea), che alle elezioni europee gli italiani all'estero hanno votato in maggioranza centrosinistra.

Concludendo, in considerazione della giurisprudenza costituzionale in materia di principi supremi [91], non può escludersi che il principio della rappresentanza nazionale generale possa svolgere una funzione di parametro [92] dell'intero processo di riforma del voto dei cittadini all'estero.

## 4. *(Dis)Parità tra gli italiani a seconda della residenza*

In passato gli italiani residenti all'estero sono stati sotto alcuni profili penalizzati nel loro esercizio del diritto d'elettorato, come si evince anche da risalente giurisprudenza costituzionale. Mi riferisco, per esempio, alla sent. n. 47/1970 che ha riconosciuto che il sistema di aggiornamento d'ufficio delle liste elettorali mediante revisioni semestrali per i residenti all'estero si concretasse «in una effettiva limitazione del diritto elettorale» ove in tale periodo fossero state indette le elezioni.

La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, testimonia anche una politica di incentivi all'effettiva partecipazione degli emigrati alle elezioni politiche: con la sent. n. 39/1973, in considerazione della «situazione di grave disagio economico» che denota la condizione di emigrato per lavoro e della «importanza che le elezioni politiche rivestono in un regime democratico», la Corte ha ritenuto, «non solo conforme ma voluto dalla Costituzione, che la legge stabilisca tutte quelle misure, anche di ordine economico, le quali facilitino l'accesso alle masse popolari alle urne. In questo spirito, l'indirizzo diretto a favorire gli emigrati per ragioni di lavoro – già in parte realizzato col viaggio gratuito dalla frontiera – dovrebbe essere attuato nella misura massima possibile» [93].

---

[91] Cfr. la sent. n. 1146/1988 che afferma 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».

[92] Ancora la sent. n. 1146/1988 aggiunge che «non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei con fronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore».

[93] La legislazione statale sin dal 1957 prevede agevolazioni di viaggio per gli elettori emigrati per motivi di lavoro, che rimpatrino per le elezioni. D.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, T.U. delle leggi per l'elezione della Camera dei Deputati. Sull'entità di tali agevolazioni cfr. quanto dichia-

La Corte ha escluso che tale compito, anche sotto forma di un intervento *in melius*, rientrasse tra le competenze delle regioni a statuto ordinario [94]. Ha invece riconosciuto l'esistenza di un interesse regionale all'adozione di iniziative di sostegno sociale e culturale a favore delle popolazioni emigrate, interesse che ha dato luogo ad una vasta legislazione regionale per le associazioni e organizzazioni di emigrati (per tutte cfr. la sent. n. 251/1993).

Dopo una corposa giurisprudenza volta a non discriminare gli italiani in base alla residenza [95], con la legge n. 459/2001, volendo garantire l'effettività dell'esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero si è finito per discriminare i cittadini residenti in Italia, suscitando ulteriori perplessità di ordine costituzionale, sotto il profilo di eguaglianza [96].

---

rato dal sottosegretario Boniver all'interrogazione dell'On. Calzolaio n. 5-04107 del 16 marzo 2005.

[94] Nella sent. n. 39/1973 si dichiarava l'illegittimità costituzionale della legge reg. Puglia «assistenza ai lavoratori pugliesi emigrati e rientrati in occasione della consultazione elettorale del 7-8 maggio 1972». Cfr. la sent. n. 90/1974 che riconosce il diritto del TAA di adottare una disciplina di carattere integrativo a favore degli emigrati che rimpatrino per esercitare il diritto di voto.

[95] In alcuni casi la Corte è intervenuta per parificare gli emigrati agli altri lavoratori, quando per esempio ha eliminato sotto ogni profilo una diversità di trattamento nei requisiti temporali ai fini della indennizzabilità per i lavoratori italiani affetti da una pneumopatia professionale contratta nelle miniere del Belgio e i lavoratori che hanno contratto la silicosi (sent. n. 54/1981) e altre forme morbose (sent. n. 436/1992) in Italia. In altre occasioni la giurisprudenza ha sanato discriminazioni interne alla stessa categoria di emigranti per violazione degli artt. 3 e 35 che tutela il lavoro italiano all'estero «in tutte le sue forme ed applicazioni». Con la sent. n. 180/1984 ha ad esempio dichiarato ingiustificata la disparità di trattamento penale in materia di infrazioni valutarie, fondata soltanto sulla natura del lavoro esplicato all'estero da cittadini italiani nella parte in cui si faceva riferimento al lavoro dipendente ed artigianale e non anche al lavoro autonomo. In altri casi ancora, infine, la Corte ha riconosciuto gli «emigrati rientrati in Patria» come «appartenenti a famiglie di soggetti meritevoli di speciale considerazione per le condizioni in cui si sono venuti a trovare», «che vanno maggiormente tutelati dal punto di vista sociale, … con situazioni obiettive differenti da quelle degli altri proprietari» (sent. n. 44/1980). Legittima è, anche, la parificazione degli emigranti ai disoccupati al fine di garantire operazioni di credito a medio termine e operazioni di leasing (sent. n. 332/1990). Anzi ricordando che «il principio della tutela del lavoro italiano all'estero è uno dei valori fondamentali proclamati in Costituzione, da cui dipende l'inderogabilità delle condizioni di lavoro» con il «suo indeclinabile dovere di riconoscerla e sanzionarla» la Corte ha condannato «la carenza di protezione sociale per il lavoratore italiano che presti la sua opera all'estero alle dipendenze di un'impresa italiana» (sent. n. 369/1985).

[96] La sent. n. 429/1995 chiarisce che «l'eguaglianza del voto che la persona è chiamata ad esprimere nell'elezione di organi politici riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e rappresenta una particolare applicazione del principio fondamentale di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. (sent. n. 96/1968). L'eguaglianza del voto concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative. L'art. 4 Cost., stabilendo che il voto, oltre che personale e segreto, deve essere eguale, assicura la parità di condizione dei cittadini nel momento in cui essi, con l'espressione del voto, danno concreto contenuto alla sovranità

Innanzitutto, per quanto riguarda il diritto d'elettorato attivo, contrariamente ai cittadini residenti in Italia, i non residenti possono decidere, come già accennato, se votare nella circoscrizione estero o «optare», in occasione di ogni singola votazione, per la circoscrizione del territorio nazionale in cui sono iscritti; peraltro, dato che nel sistema maggioritario in alcuni collegi uninominali il seggio viene assegnato per pochi voti, i cittadini residenti all'estero, potendo scegliere se votare nella circoscrizione estero o nella circoscrizione nazionale, potranno valutare dove il proprio voto potrebbe essere determinante.

Per quanto riguarda il diritto d'elettorato passivo, inoltre, i cittadini residenti in Italia non possono candidarsi nelle liste della circoscrizione estero, riservate ai residenti ed elettori nella rispettiva ripartizione, e al contrario questi ultimi, ogni qualvolta esercitino il diritto di opzione per votare sul territorio nazionale, possono essere candidati nelle circoscrizioni italiane.

Anche la previsione di sistema elettorale *ad hoc* per la circoscrizione estero incide senza dubbio sull'uguaglianza nell'efficacia del voto tra residenti in Italia e residenti all'estero [97]. Per non parlare della delicatissima questione, tuttora irrisolta, di dove «trovare» i diciotto seggi esteri sottraendoli agli altri collegi nazionali [98].

La riforma, tuttavia, è nota soprattutto perché ha introdotto il voto per corrispondenza per gli italiani all'estero. Già in Assemblea costituente giungeva un'eco degli sforzi compiuti dagli Stati uniti per consentire ai propri soldati al fronte di votare per le elezioni presidenziali [99]. È proprio l'esperienza ameri-

---

popolare (sent. n. 39/1973). Non sono, dunque, ammesse forme di voto multiplo o plurimo, dovendo essere assicurati sempre la pari capacità elettorale e l'eguale valore numerico di ciascun voto».

[97] Cfr. il sistema elettorale descritto all'art. 15 della legge n. 459/2001 e le osservazioni di E. GROSSO, *Riflessioni a prima lettura sulla nuova legge in materia di voto dei cittadini all'estero*, in *Forum dei quaderni costituzionali*. Tale disparità non sembra superata dalla giurisprudenza costituzionale con cui la corte ha affermata che «Ma il principio di eguaglianza del voto non si estende "al risultato concreto della manifestazione di volontà dell'elettore. Risultato che dipende, invece, esclusivamente dal sistema elettorale che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari" (sent. n. 43/1961). Difatti l'Assemblea costituente, pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo costituzionalizzando una scelta proporzionalista o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria» (sent. n. 429/1995).

[98] Sotto questo profilo non si è ancora operata la modifica dei collegi elettorali italiani, per le importanti ripercussioni politiche di tale operazione «fermi restando i collegi uninominali di ciascuna circoscrizione già definiti in applicazione della legge elettorale vigente» (art. 22, legge n. 459/2001).

[99] Cfr. Assemblea costituente, CXXVII, seduta del 20 maggio 1947, intervento On. Preziosi, 4085.

cana, almeno per quanto riguarda le elezioni del 2000 e del 2004, ad informare dei pericoli d'abuso insiti in questo sistema di votazione: a fronte degli sforzi economici ed organizzativi affrontati per consentire la partecipazione alle elezioni presidenziali da parte dei soldati, i civili americani all'estero hanno incontrato difficoltà pressoché insormontabili per far pervenire il loro voto postale nei debiti termini [100].

Vi è stato anche chi aveva messo in guardia rispetto al pericolo, nella formulazione dei modi con i quali assicurare l'effettività del diritto di voto dei cittadini all'estero, di una «interpretazione regressiva» [101] dei requisiti *indisponibili* del voto previsti dal 2° comma dell'art. 48, in particolare la *personalità* e la *segretezza*, vale a dire le garanzie della *libertà* del suffragio. Eppure il voto per corrispondenza, con scrutinio in Italia, è diventato il sistema ordinario di votazione degli italiani residenti all'estero per le elezioni politiche ed i *referendum*. L'elettore esprime il voto privatamente, senza recarsi in alcun luogo a ciò adibito, introducendo la scheda in una busta che inserisce in un'altra prestampata che poi spedisce non oltre il decimo giorno precedente alla data della votazione in Italia, eliminando tutte quelle garanzie esterne che rendono la disciplina dell'esercizio del diritto di voto del cittadino in Italia particolarmente dettagliata e severa [102], per garantirne la *genuinità*.

La Corte ha finora potuto evitare di esprimersi su quest'aspetto della legge, nonostante alcuni promotori e presentatori del referendum popolare per l'abrogazione della servitù coattiva di elettrodotto tenutosi il 15 giugno 2003 avessero sollevato conflitto di attribuzione a tal proposito [103]. Il conflitto è stato dichiarato inammissibile per mancanza dei requisiti oggettivi e soggettivi

---

[100] Cfr. esauriente articolo in *www.guardian.co.uk* del 25 ottobre 2004. Gli ordinamenti anglosassoni hanno d'altra parte sempre anteposto la semplificazione dei sistemi ad altri valori, come la *genuinità* del voto (cfr. la sent. *Peterson v. City of San Diego*, 34 Dal. 3d 225, 1983, della Corte Suprema della California). Il nostro Costituente, invece, era di diverso avviso, lasciando isolata la posizione dell'On. Piemonte, che, invece, chiedeva che l'emigrato italiano potesse dare il voto «per lettera indirizzata in busta chiusa dall'emigrato alla sua sezione elettorale, metodo già adottato dalla Norvegia e dalla Danimarca», in Assemblea costituente, CXXVII, seduta del martedì 20 maggio 1947, 4087.

[101] E. BETTINELLI, *La lunga marcia del voto elettronico in Italia*, in *Verso il voto elettronico in Europa*, *Forum della Pubblica Amministrazione*, Roma 11 maggio 2001, in *www.forumpa.it/forumpa2001/convegni/5/5.23/.*

[102] Cfr. F. LANCHESTER, *Il voto degli italiani all'estero: un esercizio difficile*, in ID. (a cura di), *Il voto degli italiani all'estero*, Roma, 1988, 9 ss. dove l'A. argomenta che in tali modalità di voto la segretezza è assicurata solo nei confronti dello scrutatore, ma non nei confronti di chi dovesse assistere all'espressione di voto o averne successiva visione.

[103] Contro le Camere che hanno approvato la citata legge n. 459/2001, contro il Governo che ha adottato il regolamento di attuazione n. 103/2003 e contro la commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi che ha assunto la deliberazione riguardante le campagne per i referendum.

non apparendo, peraltro, censurabile la disciplina del voto per corrispondenza in un conflitto tra poteri. L'ordinanza n. 195/2003 aggiunge che nel caso di specie non ci fosse neanche l'interesse a ricorrere contro la disciplina del voto per corrispondenza perché l'eventuale declaratoria di incostituzionalità avrebbe reso «assai più difficile l'espressione del voto degli italiani residenti stabilmente all'estero, pur titolari del diritto di voto e quindi componenti del corpo elettorale su cui calcolare il *quorum* di partecipazione necessario per dare efficacia al procedimento referendario».

La preoccupazione sottesa al conflitto sollevato è da rinvenirsi in realtà nel timore, fondato [104], che, nelle more dell'aggiornamento dell'anagrafe unificata, ai fini del *quorum* venissero conteggiate anche persone risultate irreperibili nelle precedenti consultazioni elettorali. Non solo i cittadini all'estero in genere partecipano in percentuali piuttosto basse alle votazioni, ma per di più il mancato aggiornamento delle liste elettorali finisce per «gonfiare» il numero complessivo degli iscritti nelle liste, facendo lievitare artificiosamente il tasso di astensione e quindi abbassare il tasso di partecipazione elettorale. Le posizioni ancora non accertate nella anagrafe unificata dei cittadini all'estero sono infatti circa un milione e mezzo [105], con conseguenze significative sul computo del *quorum* di partecipazione per i *referenda*. Per ovviare a tale distorsione del sistema in Friuli Venezia Giulia, dove è previsto il *quorum* di partecipazione anche per la validità delle consultazioni elettorali degli enti locali, si è deciso di non computare i cittadini all'estero ai fini del *quorum* [106].

Per quanto attiene, infine, alla campagna elettorale, pur ipotizzando che la libertà di voto nella fase di formazione della volontà dell'elettore possa considerarsi in Italia come altrove frutto di «un'offerta pluralistica e con garanzie standardizzate» [107], alcune perplessità trovano fondatezza nella stessa legge n. 459/2001 che all'art. 17, 1° comma, prevede che la campagna elettorale si svolga secondo modalità definite sulla base di apposite forme di collaborazione, «ove possibile», con gli Stati in cui risiedono gli elettori. L'inciso «ove pos-

---

[104] Cfr. risoluzione n. 8/00112 delle Commissioni congiunte I e III della Camera dei deputati del 23 aprile 2005 e interrogazioni degli onorevoli Sereni e Calzolaio del 7 e 14 aprile 2005. Lo stesso Consiglio generale degli italiani all'estero ha approvato all'unanimità il 4 marzo 2005 un ordine del giorno in cui si richiede l'adozione di soluzioni anche normative che definiscano il corpo elettorale degli italiani all'estero alle posizioni già «allineate» tra AIRE e registri consolari.

[105] V. *supra* nota n. 12.

[106] La recente sent. n. 173/2005 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata dal governo avverso la legge del Friuli Venezia Giulia che esclude, ai fini del *quorum* previsto in tali occasioni, gli iscritti nell'anagrafe degli elettori residenti all'estero. Cfr. anche il ricorso per legittimità costituzionale 20 febbraio 2004, n. 23 (*G.U.* 10 marzo 2004, n. 10), in *www.issirfa.cnr.it*.

[107] Cfr. F. LANCHESTER, *La propaganda elettorale (e referendaria) in Italia tra continuità sregolata e difficile rinnovamento*, in *Quad. cost.*, 1996, 386 ss.

sibile» fa ritenere che il mancato conseguimento di queste forme non infici, di per sé, il diritto di esercitare il voto per corrispondenza [108]. L'art. 8, 1° comma, del regolamento d'attuazione conferma espressamente questa interpretazione [109].

Che tali e tante perplessità siano state pressoché unanimemente superate in Parlamento da una sorta di senso di colpa per l'incapacità di alleviare i disagi degli italiani all'estero è solo una vittoria di Pirro. Sarebbe stato più opportuno se i nostri rappresentanti avessero escogitato soluzioni ai disagi sociali dei cittadini ovunque essi si trovino, invece, di perseguire con tenacia la trasfigurazione degli istituti della rappresentanza, creando un pericoloso precedente [110].

[108] A dire il vero in occasione del Referendum sull'art. 18 si è votato per corrispondenza in 194 sedi su un totale di 225 perché non in tutte le sedi all'estero è stato infatti possibile concludere intese con le autorità di accreditamento per consentire lo svolgimento del voto per corrispondenza. Tali intese dovrebbero essere 117, in base a quanto dichiarato dal governo il 16 aprile 2005 nella risposta ad interrogazione dell'On. Sereni (4-11555).

[109] Cfr. G. SICA, *Campagna elettorale senza regole per gli italiani all'estero*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, in particolare rispetto al parere del Consiglio di Stato sul regolamento di attuazione; A. IANNUZZI, *Voto degli italiani all'estero: approvato il decreto di attuazione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[110] E. GROSSO, *Riflessioni a prima lettura sulla nuova legge in materia di voto dei cittadini all'estero*, cit.

# BREVI NOTE INTORNO ALL'«ASPRA CONTESA» TRA GOVERNO ED AUTONOMIE LOCALI SULL'ESTENSIONE DEL DIRITTO DI VOTO E DELL'ELETTORATO PASSIVO AGLI STRANIERI EXTRACOMUNITARI

*di Carmela Salazar*

*Quando parli di diritti, tu vuoi dire*
*che hai il diritto di non riconoscere quelli degli altri.*
Dal film *Il cavaliere della valle solitaria*,
di G. Stevens, USA, 1953.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il parere n. 8007/2004 del Consiglio di Stato – 3. L'interpreta-zione degli artt. 48 e 51 Cost. alla luce del «diritto vivente costituzionale». – 4. Il voto agli immigrati nelle elezioni locali ed in quelle nazionali

## 1. *Premessa*

Sull'estensione dell'elettorato attivo e di quello passivo agli stranieri extracomunitari il dibattito è molto vivo e sembra destinato ad accendersi vieppiù, anche perché da diverse sedi istituzionali provengono e si intrecciano indicazioni contrastanti.

I dati offerti dalla legislazione sono alquanto esigui: il testo unico sull'immigrazione, nelle parti non toccate della legge n. 189/2002, conserva le disposizioni che sanciscono il riconoscimento del diritto/dovere della partecipazione alla vita pubblica locale da parte degli immigrati regolarmente residenti nonché la promozione del coinvolgimento di quelli muniti della carta di soggiorno nelle elezioni locali, «quando previsto dall'ordinamento» e in armonia con le disposizioni del capitolo C della Convenzione di Strasburgo del 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale [1]. Norme

[1] Artt. 2, 4° comma e 9, 4° comma, lett. *d*), d.lgs. n.286/1998. Come è noto, lo Stato italiano

ulteriori si rintracciano nel d.lgs. n. 267/2000, il cui art. 8 (3° e 5° comma) affida agli statuti comunali la predisposizione di strumenti di consultazione della *popolazione* nonché la promozione di forme di partecipazione in favore di *tutti* gli stranieri regolarmente soggiornanti, comunitari ed extracomunitari, nonostante – superfluo soffermarsi sul punto – le due categorie siano titolari di *status* complessivi profondamente differenti [2].

Tali timide aperture sono rimaste isolate nel diritto positivo: anzi, quelle inserite nella originaria stesura del testo unico sull'immigrazione appaiono come note stonate nel quadro risultante dalla riscrittura operata della legge n. 189, cit [3]. A questo si aggiunga che a più riprese ed in molte occasioni l'attuale

---

ha dato esecuzione alla Convenzione richiamata operando un *opting out* sull'intera Parte C della stessa, relativa all'estensione dei diritti elettorali agli extracomunitari legalmente presenti sul territorio dopo un periodo di residenza di 5 anni (legge n. 203/1994): sul punto, v. per tutti G. ZINCONE-S. ARDOVINO, *I diritti elettorali dei migranti nello spazio politico e giuridico europeo*, in *Ist. fed.*, n. 5, 2004, 741 ss. Le istituzioni comunitarie sono più volte ritornate sul tema: v. la risoluzione del Parlamento europeo che accoglie la relazione dell'eurodeputato Claude Moraes in materia di «Immigrazione, Integrazione ed Occupazione» (Doc. A5-0445/2003), le opinioni del Comitato economico e sociale (CES 066, 12-7-01 ECES 141, 14-5-2003) e soprattutto le opinioni espresse in tal senso dalla Commissione europea in occasione del Consiglio europeo di Salonicco, tutte favorevoli all'estensione del diritto di voto alle elezioni municipali ed europee per i cittadini di Paesi terzi «lungo-residenti» nel territorio dell'Unione. Nel medesimo senso, in Italia, v. la *Mozione per la partecipazione dei residenti extracomunitari alla vita politica degli enti locali* promossa dall'ANCI, in *www.anci.it*.

[2] La differenza si evidenzia vieppiù proprio per quanto riguarda la partecipazione politica: notoriamente, «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato» (art. 40, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che corona un processo iniziato con la direttiva n. 94/1980 CE, attuata in Italia dal d.lgs. n. 197/1996). Se questo «strappo» alla concezione dei diritti politici come «cuore della cittadinanza nazionale» (la definizione è di G. VOLPE, *Diritti politici*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1) si giustifica in ragione della copertura offerta dall'art. 11 Cost. al processo costituente europeo, esso si presenta come ipotesi eccezionale, non utilizzabile per predicare un'analoga estensione agli extracomunitari. Come si vedrà *infra*, ciò però non significa che tale risultato possa essere conseguito solo ed esclusivamente attraverso la revisione degli artt. 48 e 51, Cost.

[3] Secondo A. COLOMBO-G. SCIORTINO, *Alcuni problemi di lungo periodo delle politiche migratorie italiane*, in *Ist. fed.*, n. 5, 2004, 763 ss. (*amplius*, v. ID., *Gli immigrati in Italia*, Bologna, 2004, 100 ss.) le leggi precedenti hanno tentato, in modo timido e spesso fallendo, di prefigurare percorsi di integrazione, mentre la legge n. 189/2002 – su cui nel 2004 si contavano questioni di costituzionalità pari alla metà di quelle pendenti – agisce invece esplicitamente al fine di mantenere per quanto possibile la precarietà degli extracomunitari, rendendo più difficoltosa la conquista della carta di soggiorno e ridimensionando alcuni tra i diritti che contribuiscono al radicamento nel Paese ospitante, quali il diritto al ricongiungimento familiare, il diritto agli studi universitari e il c.d. diritto all'abitazione (artt., 23, 26, 27) nonché riservando le misure di integrazione sociale ai soli «stranieri non appartenenti all'Unione europea che dimostrino di essere in regola con le norme che disciplinano il soggiorno in Italia» (art. 40, comma 1°-*bis*). Per un quadro generale, si rinvia a AA.VV., *La nuova legge sull'immigrazione*, a cura di U. DE AUGUSTINIS-S. FERRAJOLO-F.A.GENOVESE-E. ROSI-M.R. SAN GIORGIO, Milano, 2002; L. PEPINO, *La Legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Dir., immigrazione e cittadinanza*, n.

Governo ha manifestato una posizione conservatrice, prospettando come imprescindibile la revisione degli artt. 48 e 51 Cost. In tal senso depongono il disegno di legge costituzionale proposto da Alleanza Nazionale nell'autunno del 2003 dopo un inatteso *exploit* dell'allora Vicepresidente del Consiglio Fini [4], la circolare n. 4/2004 del Dipartimento affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, varata (come rivela l'*incipit*) al fine di frenare il moltiplicarsi delle iniziative di modifica degli statuti comunali finalizzate all'ammissione alle urne degli immigrati residenti, ed infine i ricorsi governativi che – tra le altre – hanno impugnato le disposizioni dello statuto toscano, di quello emiliano sulla promozione del riconoscimento del diritto di voto agli stessi soggetti. Con riguardo a questo ultimo punto, le valutazioni espresse dalla Corte costituzionale nelle note sentt. n. 372 e 379/2004 non aggiungono dati significativi al dibattito sul tema specifico ora trattato, in conseguenza della «devitalizzazione» delle disposizioni statutarie, novità che costituisce uno degli aspetti più rilevanti (e criticati) delle decisioni *de quibus* [5]. Maggiori spunti si possono trarre, invece, da un'altra vicenda: quella relativa allo statuto del Comune di Forlì, il cui art. 50 prevede, per le elezioni circoscrizionali, l'estensione dell'elettorato attivo e di quello passivo, rispettivamente, agli stranieri residenti da almeno due e tre anni rispetto alla data della consultazione. In seguito alle obiezioni manifestate dal Ministro dell'Interno dapprima in una nota emessa nel gennaio 2004 e poi nella circolare sopra menzionata, la Regione Emilia-Romagna ha richiesto la consulenza della Sez. II del Consiglio di Stato, ottenendo un parere che ha confutato le argomentazioni governative.

---

3, 2002, 9 ss.; A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2003, 622 ss.; AA.VV., *Il diritto degli stranieri*, a cura di B. NASCIMBENE, Padova, 2004.

[4] A.C. 4397, che inserisce nell'attuale art. 48 una nuova disposizione secondo cui: «Agli stranieri non comunitari che hanno raggiunto la maggiore età, che soggiornano stabilmente e regolarmente in Italia da almeno sei anni, che sono titolari di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, che dimostrano di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari e che non sono stati rinviati a giudizio per reati per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto, è riconosciuto il diritto di voto attivo e passivo nelle elezioni amministrative in conformità alla disciplina prevista per i cittadini comunitari. L'esercizio del diritto di cui al 1° comma è riconosciuto a coloro che ne fanno richiesta e che si impegnano contestualmente a rispettare i principi fondamentali della Costituzione italiana». Sulla prolissità del testo e sulla dubbia conformità ai medesimi princìpi della richiesta di tale attestazione di «impegno interiore» nonché per indicazioni sulle analoghe proposte pendenti presso le Camere, v. T.F. GIUPPONI, *Il diritto di voto agli stranieri*, *tra «cittadinanza» e autonomie territoriali*, in *forum* di *Quad. cost*., all'indirizzo *www.forumcostituzionale.it*.

[5] Si rinvia ai contributi di A. ANZON-T. GROPPI-A. VESPAZIANI, in *www.associazionedei costituzionalisti.it*; A. BUGGERI-M. PEDETTA-P. CARETTI-G. PASTORI-A. ANZON-S. BARTOLE-M. CAMMELLI-A. CARDONE-R. BIN, F. PIZZETTI-G. FALCON, in *www.forumcostituzionale.it*; R. DICKMANN, in *www.federalismi.it*; ancora A. ANZON, in *www.costituzionalismo.it*.

## 2. *Il parere n. 8007/2004 del Consiglio di Stato*

Sebbene non richiamino le disposizioni di legge citate in apertura, la circolare e la nota sopra menzionate non escludono ogni e qualsivoglia competenza degli statuti comunali in materia di partecipazione *lato sensu* politica da parte degli stranieri non comunitari: ma si limitano ad asserire che i Consigli locali possono disporre l'apertura delle urne per l'elezione dei componenti di strutture con poteri propositivi o consultivi (c.d. consulte degli stranieri), oppure al fine di consentire l'ammissione di «rappresentanti» degli extracomunitari in seno ai Consigli comunali, senza diritto di voto (c.d. consiglieri aggiunti, la cui esperienza più nota è quella relativa al Comune di Roma). Accanto a queste ipotesi, il Ministero considera possibile che gli statuti contemplino anche il coinvolgimento degli immigrati nei referendum consultivi, già introdotto in molte realtà sulla base di quanto consentito dagli artt. 6 e 8, 3° e 5° comma, del T.U. sulle autonomie locali. In sostanza, la circolare individua la competenza delle fonti locali in merito all'elettorato attivo e passivo degli stranieri non comunitari solo sulla base di considerazioni di ordine sostanziale, per cui l'intervento degli statuti è ammesso con riferimento alle circostanze in cui l'estensione del voto e dell'eleggibilità *non incidano* (in ogni caso, non in modo determinante) *sulla composizione «ordinaria» degli organi locali*, compresi quelli circoscrizionali. L'*iter* argomentativo si focalizza sugli artt. 48 e 51 Cost., presentati – come ci si può aspettare – quali disposizioni che *riservano* ai cittadini italiani l'elettorato attivo e quello passivo. In particolare, la circolare non si pone il problema dell'interpretazione dell'art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost., nonostante l'art. 4, 2° comma, della legge La Loggia vincoli gli statuti – anche nella predisposizione delle forme di partecipazione popolare – al rispetto di tale specifica disposizione del Titolo V.

Il parere del Consiglio di Stato non trascura, invece, la necessità di affrontare il problema alla luce del riparto di competenze tracciato dalla legge cost. n. 3/2001: tuttavia, secondo la motivazione, l'etichetta «legislazione elettorale» *ex* art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost. non riguarderebbe ogni organo operante a livello locale, ma andrebbe riferita solo a quelli «di governo» menzionati dalla stessa disposizione. Una volta escluso che tra questi rientrino gli organi delle circoscrizioni comunali, per il fatto che non esprimono una maggioranza di governo e non partecipano alla delineazione della «politica generale» dell'ente, la Sezione conclude che le regole elettorali ad essi relative, sfuggendo alla competenza esclusiva della legge statale, restano acquisite a quella degli statuti comunali.

Se appare condivisibile la conclusione raggiunta, qualche perplessità può muoversi sull'*iter* logico-giuridico seguito. Tale percorso, infatti, non tiene conto del «canone di lettura» del riparto delle competenze offerto dall'art.

117, 4° comma, Cost., secondo cui gli ambiti non riconducibili al catalogo della potestà esclusiva statale vanno ascritti alla potestà residuale delle Regioni. Più in generale, il parere dà per scontato che la potestà statutaria degli enti locali si trovi sullo stesso piano di quella delle Regioni, lasciandosi trarre in inganno dalla solenne enunciazione contenuta nell'art. 114, 2° comma, Cost., che tuttavia non basta per una vera e propria equiparazione tra gli statuti regionali e quelli locali, più apparente che reale senza una qualche copertura elargita a un «contenuto minimo» a favore di questi ultimi, di cui si rinviene traccia, semmai, nell'art. 6, 3°-4° comma del T.U. sulle autonomie locale e nell'art. 4, 2° comma, della legge La Loggia [6].

Nel nuovo quadro costituzionale, la competenza degli statuti locali va ricostruita sulla base del complicato riparto tra la legge statale, affidataria dell'intervento sui campi indicati all'art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost., e quella regionale, cui spetta la definizione delle funzioni «non fondamentali» degli enti minori, come anche – pur sempre in parallelo al legislatore statale – il «conferimento» delle funzioni di cui questi ultimi sono titolari ai sensi dell'art. 118, 2° comma, Cost. Considerando questo intreccio – tanto aggrovigliato da dar vita a un «rovo terminologico» [7] – la possibilità che gli statuti comunali dispongano in merito all'estensione dell'elettorato attivo e passivo agli extracomunitari con riguardo alle circoscrizioni può affermarsi per altra via. Ad es., senza forzare la lettera dell'art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost., si può ammettere che al Parlamento spetti in ogni caso la discipline delle elezioni locali, ma – onde evitare di procedere a ritroso – si deve al tempo stesso escludere che tale competenza si possa esplicare in contrasto con il processo di valorizzazione dell'autonomia statutaria (e regolamentare) degli enti locali avviato da un decennio a questa parte, in esito al quale, in particolare, gli statuti comunali si presentano quali fonti «materialmente» costituzionali (prodotte secondo la procedura aggravata prevista dall'art. 6, T.U., cit.) vincolate esclusivamente al rispetto delle norme di principio poste dalla legislazione statale (art. 1, 3° comma, T.U.; art. 4, 2°-4° comma, legge La Loggia). La competenza degli sta-

---

[6] Di *parificazione illusoria* tra le fonti menzionate dall'art. 114 Cost. discorre A. RUGGERI, *Intervento*, in AA.VV., *La riforma dell'ordinamento regionale*, a cura di A. FERRARA-L. SCIUMBATA, Milano, 2001, 52. L'ambiguità della formulazione è avvertita anche da G. C. DE MARTIN, *Intervento*, in AA.VV., *La funzione normativa di Comuni, Province e città nel nuovo sistema costituzionale*, a cura di A. PIRAINO, Palermo, 2002, 141, e da E. D'ORLANDO, *Il sistema delle fonti regionali e locali*, in AA.VV., *La Costituzione delle autonomie*, a cura di L. MEZZETTI, Napoli, 2004, 84 ss. Per una diversa visione, vicina a quella espressa nel parere, v. A. CORPACI, *Gli organi di governo e l'autonomia organizzativa degli enti locali. Il rilievo della fonte statutaria*, in *Le Regioni*, 2002, 1017 ss.; ID., *La potestà normativa degli enti locali*, in AA.VV., *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, 99 ss. Per un quadro generale, v. ora T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2005, 257ss.

[7] Secondo la definizione di R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 369.

tuti (e dei regolamenti) comunali a disporre in merito all'inclusione degli extracomunitari nella popolazione delle circoscrizioni si può così radicare nella «clausola d'investitura» formulata dagli artt. 8, 5° comma, e 17 del T.U. del 2000: la prima disposizione, nell'esercizio della competenza in materia di *status* dei cittadini non appartenenti all'Unione europea *ex* art. 117, 2° comma, lett. *a*), autorizza genericamente gli statuti ad inserire anche gli stranieri tra i soggetti titolari del diritto/dovere di partecipare alla vita pubblica, mentre la seconda attribuisce agli stessi ed ai regolamenti la disciplina sulle elezioni degli organi circoscrizionali, affidando a questi ultimi la rappresentanza delle esigenze della *popolazione* (così, testualmente, il 4° comma) e non quelle dei soli cittadini [8]. A differenza di quanto sostenuto dal parere, quest'ultima norma si può ricondurre all'etichetta «legislazione elettorale» *ex* art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost.: il fatto che gli organi circoscrizionali non rientrino tra gli «organi di governo» giustifica però una particolare connotazione della disciplina in questione. Il bilanciamento tra esigenze dell'autonomia e tutela dell'unità della Repubblica esige che la normativa sulle consultazioni relative al Sindaco, ai Consigli comunali e provinciali ed al Presidente della Provincia risulti composta da norme uguali per ogni «tipo» di ente locale, aventi ad oggetto per ciascuno di essi il procedimento elettorale nella sua interezza. Quel bilanciamento diventa meno stringente dinanzi agli organi circoscrizionali, proprio per il fatto che essi non sono coinvolti nella definizione dell'indirizzo politico-amministrativo dell'ente: in questa luce, si spiega come mai la legislazione statale si limiti a dettare norme di principio, ammettendo che le regole elettorali relative a questi ultimi possano essere coniate a livello locale.

Come si comprende, questa ricostruzione presuppone che *la legge ordinaria* possa disporre in merito alla definizione dell'elettorato attivo e passivo degli extracomunitari a livello locale (e non solo a livello circoscrizionale, come si vedrà *infra*): ed è in tale punto che essa si discosta in modo ancor più netto da quella esposta nel parere [9].

Chi legga solo le conclusioni cui giunge la Sezione, sarebbe portato a pensare che essa avalli la tesi *opposta* a quella assunta come punto di partenza dal-

---

[8] Tali norme, peraltro, vengono richiamate anche dal parere, sebbene quest'ultimo sembri considerare non necessaria l'interposizione della legge statale, qualificando gli statuti locali come fonti idonee a confortarsi direttamente con la Costituzione.

[9] Per la verità, già nel 1997 un disegno di legge ordinaria relativo all'estensione del diritto di voto nelle elezioni locali (AC n. 3240) era stato redatto dall'allora Ministro dell'Interno G. Napoletano e dall'allora Ministro della solidarietà L. Turco. Dinanzi alle minacce di ostruzionismo manifestate dall'opposizione, le disposizioni relative a questo punto sono state stralciate ed inserite in un disegno di legge costituzionale diretto a modificare l'art. 48 Cost.: sulla vicenda, v. C. CORSI, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, 303; G. COLETTA, *Verso l'estensione del diritto di voto ai non cittadini*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione*, *Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'ALOIA, Milano, 2003, 364 ss.

la circolare: paradossalmente, però, non è così, poiché il parere precisa che resta ferma «la piena operatività degli artt. 48 e 51 Cost., che riservano ai cittadini l'elettorato attivo e passivo riferito agli organi di governo, tra l'altro, dei comuni». Tanto è vero ciò, che la competenza statutaria sulle elezioni circoscrizionali viene affermata non solo in ragione della asserita idoneità degli statuti locali a connotarsi come fonti separate, ma anche in considerazione della «diversità» che caratterizzerebbe tali consultazioni rispetto a tutte le altre, per il fatto che esse non mirerebbero a formare «organi di governo».

In questo punto, evidentemente, si annida una contraddizione: se si parte dalla premessa che gli artt. 48 e 51 Cost. *riservano ai cittadini italiani*, rispettivamente, la qualità di elettori e l'accesso alle cariche pubbliche, non potrebbe ammettersi che fonti diverse dalla legge di revisione – pur se considerate idonee a confrontarsi direttamente ed esclusivamente con la Carta – consentano l'equiparazione tra i cittadini e gli extracomunitari nell'accesso alle urne. Quanto alla considerazione sullo scarso grado di «politicità» che giustificherebbe l'eccezione modellata per le elezioni circoscrizionali, essa attribuisce pregio ad una differenziazione tra le elezioni locali che non trova appigli nella Carta – come, del resto, la *summa divisio* tra elezioni «politiche» e «amministrative» – poiché le disposizioni costituzionali citate attribuiscono la medesima dignità ad ogni carica pubblica, oltre che ad ogni occasione in cui gli elettori siano chiamati a esprimere il proprio voto [10]. Ma c'è di più: se la legge ordinaria non può intervenire in questa materia, dovrebbero essere considerate illegittimi, oltre agli articoli contestati dello statuto di Forlì, anche gli artt. 8 e 17 del T.U. sulle autonomie locali: a meno che queste ultime – per sfuggire ai dubbi di costituzionalità – non siano sottoposte ad un'interpretazione «adeguatrice». Ad es., si dovrebbe intendere che il primo si riferisce a forme di partecipazione alla vita pubblica che non contemplano in alcun caso l'inclusione degli stranieri extracomunitari nel corpo elettorale, e che il secondo si esprime impropriamente quando riferisce agli organi circoscrizionali la rappresentanza delle esigenze della *popolazione* (e non dei soli cittadini) delle circoscrizioni nell'ambito dell'unità del comune.

Va detto che anche nello (stringato) percorso argomentativo della circolare si coglie una contraddizione. Nonostante manchino indicazioni sulla logica seguita, potrebbe immaginarsi che la competenza degli statuti locali sulle votazioni riservate agli stranieri sia stata asserita in quanto esse, proprio per questa loro natura, non sarebbero riconducibili all'etichetta «legislazione elettorale» *ex* art 117, 2° comma, lett. *p*), Cost. In tale luce, quest'ultima andrebbe riferita

[10] Sulla natura politica delle elezioni locali, nonostante sia invalso l'uso di definirle come «amministrative» in continuità con la terminologia del periodo liberale, v. per tutti G.F. FERRARI, *Elezioni amministrative*, in *Dig. pubbl.*, V, 1990, 462; E. BETTINELLI, *Elezioni politiche*, *ibidem*, 485.

ad ogni elezione a livello locale, comprese quelle circoscrizionali, ma solo con riferimento alla disciplina «ordinaria» delle votazioni, mente quelle «separate» ricadrebbero nell'area di intervento delle fonti locali. Tuttavia, pure siffatto *iter* appare discutibile: per le ragioni già viste, se la premessa è quella ora vista, anche la disciplina di queste particolari votazioni dovrebbe essere attratta nella competenza residuale delle Regioni. Vero è che l'art. 117, 2° comma, lett. *b*) affida la materia «immigrazione» alla potestà legislativa esclusiva, ma – come si è cercato di argomentare altrove – in coerenza con la logica sottesa alla nuova elencazione delle materie, l'etichetta dovrebbe restringersi alle *politiche dell'immigrazione*, anche in ragione della contiguità con la materia «ordine pubblico e sicurezza» di cui alla lett. *h*), apparendo ragionevole che le *politiche per gli immigrati* siano rimesse alla cura dei legislatori locali, alcuni dei quali, peraltro, sono attivi su questo fronte già da tempo [11].

In ogni caso, se si intende che gli artt. 48 e 51 Cost. *riservano* ai cittadini la qualifica di elettori l'una e l'accesso alle cariche pubbliche l'altra, persino per introdurre la novità relativa ai consiglieri aggiunti dovrebbe considerarsi necessaria, in prima battuta, una legge di rango costituzionale, a meno di non voler sostenere che quando gli immigrati votano per i propri «rappresentanti» nei Consigli comunali essi *non sono elettori* e che la carica di consigliere aggiunto *non è una carica pubblica*. Detto questo, non si vuole essere … più realisti del re e negare ogni competenza degli statuti comunali in materia, bensì contestare la validità della premessa da cui partono sia la circolare sia, inaspettatamente, il parere.

## 3. *L'interpretazione degli artt. 48 e 51 Cost., alla luce del «diritto vivente costituzionale»*

Grazie alla precisazione sull'interpretazione «conservatrice» degli artt. 48 e 51 Cost. contenuta nel parere, il via libera dato agli statuti dal Consiglio di Stato può apparire come una soluzione tutto sommato «innocua» e poco trau-

[11] Si rinvia a A. RUGGERI-C. SALAZAR, «*Ombre e nebbia» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in AA.VV., *Problemas constitucionales de la immigraciòn: una visiòn desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, a cura di M. Revenga Sánchez, Milano-Valencia, 2005, 309 ss., anche per indicazioni sulla legislazione regionale relativa alle politiche di integrazione degli immigrati, modellate a partire dagli anni «80 del secolo scorso su quelle elaborate nel decennio precedente per gli emigranti di ritorno. In argomento, v. anche P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 521 ss.

matica [12]. Si spera che, proprio per questo, la «contesa» tra centro e periferia si plachi, almeno con riferimento alla partecipazione degli extracomuntari alle elezioni circoscrizionali, in modo che si possa raggiungere il risultato della rapida diffusione del «meccanismo di inclusione» individuato dal Comune di Forlì, che altre realtà locali si avviano a recepire [13].

Non si può, tuttavia, fare a meno di sottolineare che, nella logica seguita dal parere, la decisione sull'introduzione del meccanismo *de quo* sarebbe attratta nella competenza degli statuti comunali in ragione della loro (asserita) natura di fonti separate, nonché della (asserita) peculiarità delle elezioni circoscrizionali, mentre per tutti gli altri casi il problema dell'estensione dell'elettorato attivo e passivo agli extracomunitari troverebbe come soluzione la modifica costituzionale. Nella prospettiva qui seguita, invece, le disposizioni dello statuto di Forlì appaiono legittime alla luce dell'investitura elargita da una *legge ordinaria*: come si comprende, è questo il punto nodale della discussione, poiché non è possibile assumere una posizione sull'estensione del voto (e/o dell'elettorato passivo) agli extracomunitari senza prima verificare se sussistano valide ragioni per convenire sull'applicazione rigida del canone *a contrario* agli artt. 48 e 51 Cost., sostenuta dal Governo e dal Consiglio di Stato come pure da argomentati contributi dottrinali [14], o se invece sia da valorizzare l'*anima inclusiva* rinvenibile nelle disposizioni menzionate [15].

---

[12] La motivazione del parere lascia trasparire l'intento di costruire una soluzione «mite», come si evince anche dai «suggerimenti» forniti ai Consigli per ammorbidire l'impatto della novità, da quello sulla necessità di una chiara indicazione del lasso di tempo che gli immigrati devono trascorrere in una determinata località, onde possa aversi un radicamento effettivo nella popolazione circoscrizionale, a quello sulla riserva della carica presidenziale ai cittadini italiani. Inoltre, non si sa quanto volontariamente, il parere non accenna a ricostruzioni più radicali – come ad es. quella adottata nell'estate del 2004 dal Comune di Genova, adombrata da quello di Ragusa e di prossima recezione anche in quello di Ancona: indicazioni in *www.melitngpot.org* – secondo cui gli statuti comunali possono estendere l'elettorato attivo e passivo agli immigrati *anche* con riferimento agli «organi di governo», riservando ai cittadini italiani la carica di Sindaco (su quest'ultimo punto si tornerà *infra*).

[13] In particolare, il Comune di Venezia: ulteriori informazioni in *www.meltingpot.org*.

[14] Ad es., v. F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1124; più di recente, v. T. GIUPPONI, *Il voto amministrativo agli stranieri: verso un diritto «condizionato»?*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2004, 126 ss.; ID., *Il voto agli extracomunitari: sì, no, forse, ivi*, 4/2004, 849 s.; dello stesso A., v. anche *Il diritto di voto*, cit., cui *adde* T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, entrambi in f*orum* di *Quad. cost.*, all'indirizzo *www.forum costituzionale.it*; (*ibidem*, v. però le considerazioni critiche di M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni su stranieri, voto e cittadinanza*); da ultimo, con ampie indicazioni, v. G. CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milano, 2004,108 ss.

[15] L'efficace espressione è di E. BETTINELLI, *Cittadini comunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, in *Quaderno n. 15-Seminario 2004* dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, a cura di P. CARETTI, Torino, 2004, par. 1 (devo alla cortesia dell'A., che rin-

Questo secondo approccio sembra inevitabile se si considera che nel nostro ordinamento trova conferma la *erosion of domestic jurisdicition* di cui si discorre quando si fa appello al dovere degli Stati di tutelare e garantire i diritti «universali» nei confronti di tutti gli esseri umani, «comunque presenti sul territorio della Repubblica» (art. 2, 1° comma, d.lgs. n. 286, cit.) [16]. In tale luce, si spiega come mai *ogni* straniero possa essere considerato titolare – oltre che del diritto di asilo, qualora ne ricorrano le condizioni, del diritto a non essere estradato per reati politici e dei diritti riferiti testualmente dalla Costituzione a tutti – anche degli altri diritti riconosciuti come «universali» dalla giurisprudenza costituzionale o considerati tali dalla legislazione. Rientrano in quest'ultimo insieme, *ex* artt 3, 6°-7° comma e 19 d.lgs. n. 286, cit.: il diritto alle traduzioni in lingua comprensibile dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno o l'espulsione; il diritto di prendere contatto con le autorità del proprio Paese e di essere agevolato in ciò da ogni pubblico ufficiale; il diritto di non essere espulso o respinto verso uno Stato in cui possa essere oggetto di persecuzione o da cui possa essere rinviato in un altro Stato in cui non sia protetto dalla medesima, che si aggiunge al divieto di estradizione per reati politici e/o verso un Paese in cui viga la pena di morte (art. 10, 4° comma, d.lgs. n. 286, cit., e sent. n. 54/1979). A tale insieme si aggiungono quelli per la cui individuazione l'art. 2, 1° comma del T.U. del 1998 rinvia alle norme di diritto interno, ai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti e alle convenzioni internazionali in vigore, come a voler ribadire (sia pure confusamente) quanto statuito dagli artt. 2 e 10, 1° e 2° comma, Cost.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha più volte confermato l'esistenza di diritti spettanti ad ogni uomo o anche di un «nucleo irriducibile» rintracciabile in alcuni [17]: come si sa, si tratta di un catalogo ampio, che include diritti delle varie generazioni, da quelli inviolabili sanciti agli artt. 13-21, Cost. (esclusa, ovviamente, la libertà di circolazione e soggiorno), al diritto di difesa, al diritto di sposarsi, ai diritti del minore all'interno della famiglia, ai diritti/doveri dei genitori [18].

---

grazio, la consultazione del lavoro in *paper*). Dello stesso A., v. già *Diritto di voto*, in *Dig. pubbl.*, V, Torino, 1990, 220.

[16] Si riprende la terminologia di D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Milano, 1996, 117 ss.

[17] Ad es., v. sent. n. 252/2001, per il diritto alla salute (che già l'art. 35, 3° comma, d.lgs. n. 286, cit. riferisce a *tutti* gli stranieri *sub specie* del diritto alle cure urgenti e indispensabili); sent. n. 385/2001, per il diritto di difesa.

[18] Per indicazioni più dettagliate, v. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. dir.*, 1995, 229 ss.; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. pubbl.*, XV, 1999, 166 ss.; C. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2000, 793 ss.; ID., *Lo Stato*, cit., 127 ss.; P. PASSAGLIA-R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Problemas*, cit., 11 ss. In particolare, sui di-

Al di fuori di tale cerchia, l'estensione dei diritti costituzionali ai non cittadini può essere decisa dal legislatore secondo ragionevolezza, anche al di fuori dell'esecuzione di trattati che ne regolamentino lo *status ex* art. 10, 2° comma, Cost. [19]: in questo senso, peraltro, depone l'evoluzione legislativa riguardante i «diritti degli immigrati», nonostante la brusca virata compiuta dalla legge n. 189, cit. In particolare, nel testo unico del 1998 – che pure, come è noto, è stato oggetto di articolate questioni di costituzionalità nelle parti relative al trattenimento coattivo, all'accompagnamento alla frontiera e all'espulsione – si coglie il tentativo di bilanciare le esigenze del controllo sui flussi migratori e della lotta alla criminalità con un'evidente aspirazione solidarista, che ha spinto a ribadire l'esistenza di diritti «universali» e a presentare quelli «non universali» (in particolare, quelli sociali), quali «diritti condizionati» al regolare ingresso e soggiorno e/o allo svolgimento di un'attività lavorativa da parte degli immigrati [20].

---

ritti degli stranieri illegalmente entrati e o presenti nel nostro Paese, v. E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, ivi, 109 ss.

[19] Sulla discrezionalità del legislatore negli interventi in favore degli stranieri (che nella più recente giurisprudenza costituzionale è con sempre maggior evidenza limitata dall'ossequio al principio di ragionevolezza: v. da ultimo sent. n. 78/2005) v. i diversi punti di vista di M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1992, 203 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 10 ss.

[20] La giurisprudenza costituzionale, sia pure in modo non sempre lineare, ha valutato la ragionevolezza delle norme in materie di immigrazione alla luce delle situazioni di fatto, riformulando caso per caso il giudizio di prevalenza/soccombenza tra i valori in gioco: in questa prospettiva, ad es., la Corte ha dichiarato infondata la questione proposta sull'art. 7, d.l. n. 416/1989, che prescriveva l'espulsione automatica di tutti i clandestini, rigettando la proposta del giudice *a quo* di rendere «flessibile» la previsione di attraverso un'additiva di principio che consentisse di distinguere caso per caso, in nome delle esigenze di contenimento dell'immigrazione clandestina (sent. n. 353/1997). La nota sent. n. 105/2001 (su cui, per tutti, v. R. ROMBOLI, *Immigrazione*, *libertà personale e riserva di giurisdizione: la Corte afferma importanti princìpi*, *ma lo fa sottovoce*, in *Foro it*., 2001, I, 2703 ss.), tuttavia, ha ribadito che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultare minimamente scalfito il carattere *universale* della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, *spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica*, *ma in quanto esseri umani*» (c.vi aggiunti. Sulla stessa scia, v. ora le sentt. nn. 222 e 223/2004, su cui v. i commenti di A. RAUTI-E. ZIMBELLI, in *www.forumcostituzionale.it*; di G. BASCHERINI, in www.costituzionalismo.it; di M. MENGOZZI, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*). Su tali problematiche, con riferimento alla normativa pregressa, v. per tutti AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento*, *accompagnamento coattivo*, *riserva di giurisdizione*, a cura di R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P.VERONESI, Torino, 2001, nonché gli *Interventi* al *forum* su *Immigrazione e Costituzione*, in *Riv. dir. cost*., 2001, 219 ss. Sulle più recenti evoluzioni della legislazione, v. M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Problemas*, cit., 227 ss.; A. RAUTI, *Espulsione dello straniero e Controllo del giudice di pace*, in *Quad. cost*., 2004, 851 ss.; AA.VV., *Diritto*, cit.

Sostenere che un ragionamento siffatto non possa riferirsi anche all'elettorato attivo e a quello passivo, in quanto la capacità elettorale afferisce alla sfera dei diritti politici, che identificano le situazioni proprie dei soli cittadini italiani, significa cadere in una petizione di principio, perché è per l'appunto questa (presunta) peculiarità il *quod demostrandum est*.

Né tale dimostrazione può darsi facendo leva sul nesso particolare che legherebbe tali diritti e solo questi all'«appartenenza alla collettività» che, come è noto, definisce l'asse orizzontale su cui si è costruita l'idea di cittadinanza, a partire dalla Rivoluzione francese [21]. Tale asse, come pure quella verticale, vale a dire l'«appartenenza allo Stato» (o «sudditanza»), sono state messe in discussione dall'avvento della sovranità dei valori, che trova il suo corollario nell'assunzione della dignità della persona a «principio archimedico dell'ordinamento» [22]. Quanto più si è consolidata la consapevolezza del passaggio da una sovranità in senso politico-soggettivo ad una in senso assiologico-oggettivo, tanto più si è rivelata anacronistica la categoria della «sudditanza», come pure, per quanto riguarda le implicazioni dell'«appartenenza alla comunità», la persistenza nell'idea che i diritti costituzionali siano «riservati» ai cittadini italiani, a meno di «eccezioni» espressamente sancite nel testo della Carta [23].

In questa luce, si spiega la lettura che sottolinea la coesistenza di una cittadinanza formale, intesa come *status* che rinvia a un rapporto tra chi ne sia titolare e lo Stato (*cittadinanza legale*) e di una *cittadinanza sostanziale*, coincidente con l'esercizio dei diritti costituzionali [24]. Quest'ultima assume rilievo pecu-

---

[21] Per tutti, v. E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto.Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001. L'*ethos* rivoluzionario esaltava tale componente orizzontale nell'intento di svincolare l'individuo dall'appartenenza allo Stato inteso come corpo ordinato, in rapporto al quale il soggetto veniva definito aristotelicamente secondo una prospettiva organicista che ne rendeva impensabile la definizione *uti singulus*: si rinvia all'ampia ricostruzione di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. Le età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, 2000.

[22] G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa*, *declino*, *trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss. Sulla dignità come valore «supercostituzionale», v. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, 343 ss.

[23] Come si sa, questo è stato a lungo l'orientamento della dottrina più risalente: per tutti, v. G. BISCOTTINI, *Cittadinanza (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 150 ss.; A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 508 ss. Sul progressivo mutamento di prospettiva, alimentato dalla giurisprudenza costituzionale sin dalla prima sentenza sulla riferibilità del principio di uguaglianza anche agli stranieri (sent. n. 120/1967), v. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana (Asilo-Condizione giuridica-Estradizione*), Padova, 1992; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario. Lineamenti e guida pratica*, Rimini, 1993; E. GROSSO, *Straniero*, cit., 166 ss.; C. CORSI, *Lo Stato*, cit., 127 ss.

[24] M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova 1997, spec. 121 ss.; G. BERTI, *Cittadinanza*, *cittadinanze*, *diritti fondamentali*, in

liare anche in un ordinamento come il nostro, in cui la cittadinanza formale si acquista essenzialmente in forza dello *jus sanguinis*, in omaggio alla concezione tradizionale per cui il *demos* dei cittadini deve radicarsi nell'*ethnos* in senso atavico [25]: dinanzi alle cifre del fenomeno migratorio diviene obbligatorio chiedersi se (ed in che misura) chi non fa parte del popolo-*ethnos* possa essere incluso nel popolo-*demos* [26].

Non è possibile, ora, ripercorrere il lungo cammino che ha condotto alla trasformazione dell'idea di cittadinanza [27]. Ma vale la pena di ricordare che

---

*Riv. dir. cost.*, 1997, 3 ss. Sull'appartenenza alla nazione come concezione non fondata sul legame etnico «che rinvia in ultima istanza a legami di terra e sangue» (S. BARTOLE, *La nazione italiana e i patrimonio costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 9 ss.), bensì si identifica con l'accettazione volontaria dei valori costituzionali, v. anche P. CARROZZA, *Nazione*, in *Dig. pubbl.*, X, 1995, 126 ss.; E. GROSSO, *La cittadinanza:appartenenza, identità e partecipazione dallo Stato liberale alla democrazia costituzionale*, in *Storia d'Italia*, *Annali*, vol. 14, *Legge diritti giustizia*, a cura di L. VIOLANTE in coll. con L. MINERVINI, Torino, 1998, 107 ss. Per un suggestivo punto di vista sull'archiviazione del concetto di «appartenenza "allo Stato" e sulla qualificazione della cittadinanza come oggetto essa stessa di un diritto fondamentale «che trova le proprie radici nella dignità dell'uomo», v. P. HÄBERLE, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 30 ss.

[25] L'espressione è di J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica (1996)*, tr. it a cura di L. CEPPA, Milano, 1988, 144. Come si sa, la legge sulla cittadinanza del 1992 ha continuato a tributare rilievo primario ai legami di sangue. Sulla stessa scia, si sono mosse la legge cost. n. 1/2000 e la legge cost. n. 1/2001 sul voto per corrispondenza degli italiani all'estero: i quali, tuttavia, quale che sia il loro numero, sono chiamati ad eleggere sempre poco meno del due per cento del totale dei parlamentari. Su questa «eterogenesi dei fini», per cui la riforma finisce per approfondire il solco tra il voto (e la rappresentanza politica) del residente e del non residente, accentuando il rilievo della residenza nella disciplina costituzionale dell'esercizio dei diritti politici, v. spec. M. CUNIBERTI, *Alcune osservazioni*, cit.

[26] La terminologia è di G.E. RUSCONI, *Ripensare la nazione. Tra suggestioni etnodemocratiche e costruzione europea*, in AA.VV., *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. LUCIANI, Roma-Bari, 1994, 79 ss. Secondo G. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, 757, l'anno di nascita dell'*Italian immigration law* è il 1986, che vede il varo della prima legge sull'immigrazione extracomunitaria (la legge n. 943). In realtà, già nel censimento del 1981 il saldo tra partenze degli emigranti i ingressi degli immigrati inizia ad assestarsi a favore di questi ultimi, inaugurando un *trend* confermato di anno in anno: F. PUGLIESE, *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Bologna, 2004, 34 ss. Secondo il rapporto sull'immigrazione Caritas-Migrantes (cui, per forza di cose, sfuggono le cifre esatte relative agli irregolari), nell'ottobre del 2003 gli immigrati in Italia erano quasi 2 milioni e mezzo: per questi dati, v. M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, Milano, 2004, 202.

[27] Non casualmente molti contributi dedicati a tale tematica ribadiscono la difficoltà di individuare una definizione tale da illustrare la «cosa» cui si riferisce il «nome» (per riprendere la terminologia di G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza. Riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 37 ss.), quando non la presentano come «centro semantico di un universo problematico di somma complessità»: M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 145. Tra gli scritti monografici che, più di recente, si sono soffermati su tali mutamenti, v. almeno E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici, I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano,

negli ordinamenti costituzionali contemporanei il processo identitario che trasforma il gruppo *tout court* in un gruppo politico giunge al suo compimento nel momento «fondativo» cha dà vita ad una Costituzione, nella quale gli appartenenti a quel gruppo trasfondono la loro «concezione di sé» [28]. Questa non appare definita solo dalla condivisione di storia e memoria, cioè mediante il riferimento al passato, ma anche (se non soprattutto) dall'assunzione dell'impegno all'inveramento continuo, in futuro, dei valori posti a fondamento del sistema. Se le cose stanno così, è possibile considerare come «appartenenti» alla collettività – pur sempre, secondo ragionevolezza – non solo quanti possano vantare la titolarità della cittadinanza formale, per ciò solo destinatari «naturali» delle norme costituzionali, ma anche quanti, in un momento successivo a quello fondativo, pur essendo «estranei» alla collettività «originaria», mostrino di condividere quell'impegno [29].

Un'ultima notazione va fatta con riferimento alla asserita peculiarità dei diritti politici. Come più volte ribadito da una letteratura incontenibile, le «tassonomie» miranti a descrivere i connotati salienti dei diritti fondamentali dovrebbero essere strutturate tenendo conto che l'universo di cui esse vorrebbero offrire un'immagine è in movimento continuo. Per tale ragione, ad es., bisognerebbe considerare che non è sempre possibile considerare le ricostruzioni ereditate dal passato come ancora idonee a fotografare la realtà, specie se si tratta di quelle volte a presentare le «classi» dei diritti in guisa di insiemi simili a monadi, non comunicanti tra di loro e connotati ciascuno da proprie esclusive caratteristiche, poiché è ormai acclarato che in molti dei diritti costituzio-

---

1997; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit. Per una visione (anche) sociologica, v. AA.VV., *La cittadinanza. Appartenenza*, *identità*, *diritti*, a cura di D. ZOLO, Roma-Bari, 1999. In una prospettiva giuridico-filosofica, v. AA.VV., *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralista*. Scritti raccolti da G. Dalla Torre e F. D'Agostino, Torino, 2000. Nel testo si riprendono le considerazioni svolte da chi scrive in *«Tutto scorre»: riflessioni su cittadinanza*, *identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Pol. dir.*, n. 3, 2001, 373 ss.

[28] In ciò risiede la connotazione più rilevante del «costituzionalismo dei moderni» secondo M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994.

[29] Tanto più nel caso in cui nella stessa Costituzione si rinvengano, oltre al riconoscimento generico dei diritti dell'uomo, specifiche disposizioni relative ai diritti inviolabili rivolte a *tutti* e non solo a quanti si possano ritrovare nella storia comune dell'Italia e degli italiani. Una delle più interessanti conferme di questa trasformazione si coglie nella sent. n. 179/1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1697, con commenti di E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso nuove possibili concezioni della cittadinanza*, e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva agli apolidi:una interpretazione discutibile della Corte*. La decisione ha considerato conforme alla Costituzione l'obbligo del servizio militare in capo agli apolidi, nonostante l'art. 52 Cost., riferisca solo ai cittadini il dovere di difesa della Patria: anche gli apolidi residenti, infatti, risultano inseriti nella «comunità di diritti e di doveri che più di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost., là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, *prescinda dal dato del legame stretto di cittadinanza*» (c.vo aggiunto).

nali convivono la pretesa all'omissione e quella alla prestazione, e/o una componente «non universale» ed un nucleo irriducibile «universale» [30].

La conferma di questa incessante trasformazione si ritrova nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui si legge una mappatura dei diritti fondamentali disegnata su coordinate che si allontanano da quelle tradizionali. Non è il caso, in questa sede, di ripercorrere il ricchissimo dibattito intorno alla Carta, né di soffermarsi su come, più in generale, l'intero processo costituente europeo abbia contribuito (e continui) a mettere vieppiù a nudo la metamorfosi delle «cose» per le quali si continuano ad usare «nomi» quali «sovranità» e «popolo». Si può, nondimeno, ricordare rapidamente come la novità di tale *Bill of Rights* si manifesti non solo nella attribuzione di pari dignità ai diritti delle varie generazioni, ma anche nella sottolineatura dell'«universalità» di molti di essi, persino tra quelli raccolti sotto il Titolo «Cittadinanza», alcuni si indirizzano testualmente a chiunque faccia parte stabilmente della collettività, indipendentemente dalla titolarità dello *status* di cittadino europeo (artt. 41-44).

## 4. *Il voto agli immigrati nelle elezioni locali ed in quelle nazionali*

Poste queste premesse, si può riflettere sulla possibilità che già oggi gli statuti comunali estendano agli immigrati l'elettorato attivo e quello passivo anche nelle elezioni comunali, secondo la soluzione introdotta a Genova, cui si è già accennato.

In questa luce, le fonti locali avrebbero a disposizione l'intera gamma delle soluzioni possibili: potrebbero limitarsi alle forme di partecipazione suggerite dalla circolare ovvero potrebbero procedere all'inclusione degli immigrati nella popolazione residente ai soli fini delle elezioni degli organi circoscrizionali ovvero ancora potrebbero estendere l'elettorato attivo e quello passivo anche con riferimento alle consultazioni relative al Consiglio comunale e (per quanto riguarda il primo) al Sindaco. Tuttavia, sebbene questa soluzione conduca al-

[30] Sulla «pretesa alle prestazioni» rinvenibile in molti diritti inviolabili di matrice settecentesca [cui si riferisce anche l'art. 117, 2° comma, lett. *m*) Cost., affiancando i diritti civili ai diritti sociali], oltre ai contributi di AA.VV. al dibattito su «Diritti di libertà *vs*. diritti sociali?», in *Ragion pratica*, 2000, 11 ss., nella letteratura più recente v. C. HOLMES-R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), tr. it., Bologna, 2001; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, spec. 326 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2002; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003.

l'equiparazione tra *tutti* gli stranieri (comunitari e non), in linea con l'ultimo inciso dell'art. 8 del T.U. sulle autonomie locali, essa sembra forzare per altro verso la lettera della medesima disposizione, che tiene distinte le forme di partecipazione rivolte ai cittadini (istanze, petizioni, proposte) dalle consultazioni della *popolazione* (3° comma) ed ancora dalle forme di partecipazione che gli statuti comunali sono chiamati a promuovere in favore degli stranieri, comunitari e non (5° comma) [31]. Peraltro, l'affidamento alle fonti locali di tale ultimo compito viene sancito con una formula talmente ampia da poter alludere ad una molteplicità di iniziative, non tutte necessariamente bisognevoli dell'estensione dell'elettorato attivo e/o di quello passivo: come risulta da studi condotti sull'esperienza europea degli ultimi decenni, si possono individuare diverse categorie di istituti di partecipazione degli stranieri a livello locale, quali i gruppi di contatto e di coordinamento, i gruppi di lavoro, i parlamenti di immigrati, i consigli consultivi e i comitati su questioni specifiche [32]. Tanto è vero ciò, che l'art. 8 da solo non basterebbe neppure a fondare la competenza statutaria in merito alla partecipazione degli extracomunitari alle elezioni circoscrizionali: è alla luce del «combinato disposto» di tale norma con l'art. 17 del medesimo T.U. che, come si è visto, si può sostenere la legittimità delle norme dello Statuto di Forlì [33].

Tuttavia, nella prospettiva qui adottata, nulla osta a che la legge statale

---

[31] Sull'ambiguità dell'art. 8, cit., v. spec. G. FRANCHI SCARSELLI, *Una legge misconosciuta sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica*, in *Quad. cost*., 2000, 649 ss.

[32] T. CAPONIO, *Partecipazione politica*, in AA.VV., *Primo rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, a cura di G. ZINCONE, Bologna, 2000, 371 ss; M. VRENNA, *Esperienze di rappresentanza politica degli stranieri*, in *Gli stranieri*, n. 6, 2002, 606 ss. In Italia, le «consulte degli immigrati» si sono diffuse nell'esperienza regionale da più di un decennio: su questo specifico punto, peraltro, la legislazione locale ha trovato un chiaro avallo in quella statale, poiché l'art. 42, d.lgs. n. 286, cit., oltre a istituire presso la Presidenza del Consiglio dei ministri una Consulta per i problemi degli stranieri immigrati e delle loro famiglie, asserisce che «resta ferma la facoltà delle Regioni di (…) istituire consulte regionali». Per indicazioni sulle singole leggi regionali, v. A. PATRONI GRIFFI, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in AA.VV., *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, a cura di L. CHIEFFI, Padova, 1997, 327 ss.; L. MELICA, *La partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale*, in *Reg. gov. loc*., 1995, 27 ss.; ID., *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, 15 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, *«Ombre e nebbia»*, cit., 339 ss.

[33] Minori problemi dovrebbero porsi per le Regioni speciali, che – in forza della clausola della condizione più favorevole *ex* art. 10, legge cost. n. 3/2001 – conservano la potestà legislativa esclusiva in materia di ordinamento degli enti locali, attribuita alla Sicilia dall'art. 15, 3° comma dello statuto ed alle altre Regioni dalla legge cost. n. 2/1993. Attualmente, tuttavia, la strada percorsa è quella della legge costituzionale: v. la proposta AC 4510, presentata dalla Regione Sicilia, volta alla modifica dell'art. 48 Cost. e allo stesso tempo dell'art. 15 dello statuto, attraverso l'inserimento di una identica disposizione («alle elezioni degli organi di governo degli enti locali partecipano gli immigrati regolari residenti da sei anni»). Una simile innovazione è stata prospettata anche in sede di proposta di modifica dello statuto Friuli-Venezia Giulia (indicazioni in *www.regioni.it*).

formuli una specifica «clausola di investitura» mediante la quale il Parlamento consenta agli statuti di includere gli immigrati nel *demos* comunale. La decisione di fondo in ordine alla possibilità di inserire gli extracomunitari nel corpo elettorale comunale verrebbe assunta dalla legge statale *ex* art. 117, 2° comma, lett. *a*) e *p*): ma essa potrebbe lasciare ai singoli statuti comunali la concretizzazione di tale novità, previa individuazione di alcuni punti fermi. Tra di essi, ad es., potrebbero rientrare il limite minimo di tempo che gli immigrati devono trascorrere stabilmente nel territorio, la richiesta di condizioni quali la regolarità dell'ingresso, del soggiorno e dell'attività lavorativa ovvero ancora la segnalazione delle circostanze in cui gli immigrati, anche se regolari, non possono accedere alle urne (ad es., se presenti in Italia solo per ragioni di studio) ed infine l'individuazione delle cariche che restano riservate agli italiani [34]. Questa soluzione appare maggiormente ragionevole di quella – a prima vista più lineare – in cui alla legge statale venga attribuita la decisione sull'estensione dell'elettorato attivo e passivo degli extracomunitari a livello comunale non solo per quel che riguarda l'*an*, ma anche per quel che riguarda il *quando* (da subito o a partire da una tornata elettorale futura specificamente individuata). Le perplessità su tale opzione nascono dal fatto che una scelta così delicata, se imposta dal «centro» potrebbe essere recepita *obtorto collo* in alcune realtà, con il risultato che si sfavorirebbe il processo d'integrazione, anziché accelerarlo. Vero è che si giungerebbe quasi certamente (almeno in un primo momento) ad un'adesione a macchia di leopardo al disposto legislativo: ma questa obiezione ha oggi meno pregio che in passato, considerando che il principio di differenziazione tra gli enti locali (ed in particolare, tra i Comuni), è assurto al rango di canone fondamentale del sistema delle autonomie.

Residua qualche dubbio circa il coinvolgimento anche nei referendum abrogativi, su cui molti statuti si esprimono in modo incerto, ricomprendendo gli stranieri o gli apolidi residenti per motivi di lavoro e/o di studio tra i destinatari degli strumenti di partecipazione inseriti sulla base dell'art. 8, 3° e 5° comma, cit., ma escludendo apertamente solo in qualche caso che essi possano utilizzarne alcuni (v., ad es., l'art. 6 dello statuto del Comune di Roma per quel che riguarda, appunto, i referendum abrogativi e l'azione popolare). Con

[34] Giunge a questa conclusione, ma per altra via, anche E. BETTINELLI, *Cittadini*, cit., par. 5, che sottolinea come la diffusione del meccanismo di inclusione introdotto dallo statuto genovese darebbe vita ad una disciplina frammentaria e perciò lesiva del principio di uguaglianza: rischio che, secondo l'A., potrà essere evitato solo mediante la predisposizione di norme generali da parte della legge statale, comunque necessaria per le modifiche al d.p.r. n. 223/1967. Per il ricorso alla legge ordinaria, in un discorso più ampio, v. anche P. BONETTI, *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza: due vie all'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *www.federalismi.it*, 11/2003, che suggerisce la rimozione della riserva apposta all'esecuzione della Convenzione di Straburgo cit. in nt. 1 e l'adozione delle conseguenti modifiche alla disciplina sulla cittadinanza.

specifico riferimento a questo punto, la medesima norma del T.U. afferma che possono essere previsti «anche su richiesta dei cittadini», purché – come le consultazioni – riguardino materie di competenza locale e non abbiano luogo in concomitanza con altre operazioni elettorali. Dalla lettera della disposizione si ricava certamente che gli stranieri non possono richiedere i referendum abrogativi, mentre l'impossibilità a parteciparvi sembrerebbe ricavabile dal tenore generale della medesima, che sembra considerare tali strumenti di partecipazione cosa diversa rispetto alle consultazioni della *popolazione* previste al 3° comma. Anche questo punto potrebbe essere chiarito dalla legge ordinaria, tenendo conto che, ovviamente, l'inclusione nel *demos* o è a tutto tondo, per ogni circostanza in cui ci sia da esprimere una scelta politica attraverso il consenso, assenso o dissenso su una proposta o da assumere iniziative o avanzare proposte [35], o … non è.

Se la chiusura dell'attuale maggioranza fosse meno netta, sarebbe ragionevole immaginare, dopo la prima «sperimentazione» a livello circoscrizionale, il varo di un intervento legislativo siffatto, che affiancherebbe l'Italia ad altri Paesi europei [36].

Volendo porsi il problema anche per le elezioni regionali e quelle nazionali – per quanto nel momento attuale il discorso appaia poco meno che utopistico –

---

[35] T. MARTINES, sub *art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1984, 43 ss., ora in *Opere*, III, Milano, 164. Per questa ragione, una volta ammessi a partecipare alle elezioni comunali, per gli extracomunitari dovrebbero aprirsi le urne anche con riguardo alle votazioni per gli organi delle Province, i cui statuti, attualmente, sono accomunati a quelli comunali nella disciplina del «contenuto necessario» *ex* artt. 6, T.U., e 4, 2° comma, legge n. 131/2003.

[36] Già nel 1849 il Cantone Svizzero di Nauchâtel concesse il voto agli stranieri maschi ivi residenti per l'elezione degli organi di governo locale. Dal 2000, gli stessi possono partecipare anche alle elezioni del Consiglio degli Stati (E. BETTINELLI, *Cittadini*, cit., par. 1). Nel Novecento, se si esclude il riconoscimento dell'elettorato attivo alla Camera dei Comuni inglese in favore dei cittadini del Commonwealth e dell'Irlanda, risalente al 1949, il primo provvedimento di estensione del diritto di voto locale per gli stranieri è stato quello irlandese, che risale al 1963 per l'elettorato attivo (quello passivo è stato esteso solo nel 1974). A partire dagli anni '70, molti altri Stati, con varie differenze, hanno imboccato la stessa via: tra questi Svezia, Norvegia, Danimarca, Olanda, Islanda, Lussemburgo, Ungheria e seppur in forma limitata, Portogallo e Spagna. Il più recente intervento legislativo in tal senso è quello belga del 2004, approvato al termine di un intenso dibattito parlamentare: esso riconosce ai cittadini non comunitari, regolarmente residenti sul territorio belga da almeno 5 anni, il diritto di voto alle elezioni municipali, ma a condizione che gli aspiranti elettori dichiarino fedeltà ai principi costituzionali belgi, alle leggi e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Infine, anche tra i Paesi di più recente accesso all'Unione europea ben sei (Estonia, Lituania, Ungheria, Slovenia, Malta e Repubblica Ceca) prevedono forme di esercizio dei diritti elettorali da parte degli stranieri, con requisiti variabili in ordine al periodo di residenza e alle condizioni di eleggibilità: per queste (e ulteriori) informazioni, v. E. GROSSO, *Cittadini per amore*, *cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle Costituzioni europee*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 510 ss.; G. ZINCONE-S. ARDOVINO, *I diritti*, cit., 745 ss.

occorre sottolineare come per entrambi i livelli una novità del genere non possa essere «metabolizzata» se non in presenza di un grado di integrazione ben maggiore rispetto a quello attuale, e dunque anche di una elevata disponibilità da parte dell'opinione pubblica ad accettare la parificazione degli immigrati nelle elezioni relative agli «organi di governo» regionali o addirittura al Parlamento.

In particolare, con riferimento alle prime, l'estensione dell'elettorato attivo e passivo agli extracomunitari, unitamente alla previsione di condizioni e limitazioni simili a quelle già illustrate, potrebbe essere inserita tra i principi fondamentali da una futura legge statale *ex* art. 122, 1° comma, Cost., in aggiunta a quelli già introdotti dalla legge n. 165/2004. In mancanza di tale innovazione, la legge regionale che procedesse in tal senso – anche qualora decidesse *motu proprio* di escludere l'eleggibilità degli stranieri alle cariche presidenziali del legislativo e dell'esecutivo – andrebbe incontro certamente all'impugnazione governativa ed all'annullamento. Vero è che la Corte ha riconosciuto alle Regioni la possibilità di intervenire in materia elettorale anche in assenza di leggi cornice attuative del nuovo art. 122, 1° comma, Cost. e/o nelle more dell'approvazione dei nuovi statuti, ma ne ha al tempo stesso ridimensionato il raggio d'azione, circoscrivendolo alla introduzione della normazione «di contorno» (sent. n. 196/2003). Senza contare che – *last but not least* – in giudizio le Regioni non potrebbero neanche appellarsi alla «copertura» di eventuali norme statutarie simili a quelle degli statuti toscano ed emiliano, in conseguenza della natura «non giuridica» ad esse riconosciuta dalla Corte, che non depone certo per la loro utilizzabilità quali fonti interposte.

Una legge quadro come quella ora tratteggiata si limiterebbe ad autorizzare i legislatori locali a introdurre la novità, senza obbligarli a farlo, di modo che sarebbe possibile una prima esperienza in quelle Regioni in cui i Consigli (e l'opinione pubblica) si presentino maggiormente propensi ad ammettere l'inclusione degli extracomunitari nel corpo elettorale. Da qui potrebbero immaginarsi due possibili esiti: se l'estensione dell'elettorato attivo e passivo agli extracomunitari venisse recepita in poche Regioni, si determinerebbe una situazione di *impasse*, perché tale risultato denuncerebbe la difficoltà (e/o la mancanza di volontà) dei Consigli regionali, dinanzi alla quale non avrebbe senso forzare le cose, ad es. attraverso un ulteriore intervento legislativo volto a imporre l'estensione. Potrebbe, però, avviarsi un graduale processo di generalizzazione, che testimonierebbe del raggiungimento di un elevato grado di integrazione[37].

[37] Ancora una volta, un discorso diverso sembrerebbe da farsi per le Regioni speciali, dal momento che la loro potestà legislativa in materia elettorale – affidata, come si sa, alle c.d. leggi statutarie – è connotata come *esclusiva* dalla legge cost. n. 2/2001. Tuttavia, poiché questa stessa precisa che tali leggi sono tenute al rispetto della Costituzione, degli statuti e dei *principi dell'ordinamento della Repubblica*, neanche esse potrebbero procedere all'estensione dell'elettorato

Il verificarsi di questa seconda eventualità sarebbe di non poco rilievo, poiché in tal caso non apparirebbe più così impensabile l'inclusione degli extracomunitari nel *demos* nazionale, ancora una volta al sussistere di condizioni (e con limitazioni) analoghe a quelle già viste. Sebbene anche in questo caso si reputi sufficiente una legge ordinaria, la revisione costituzionale degli artt. 48 e 51 Cost. appare nondimeno *opportuna*, sia per presentare la scelta come frutto di un ampio consenso tra le forze presenti in Parlamento, fattore che potrebbe servire per stemperare eventuali reazioni forti da parte di frange «conservatrici» dell'opinione pubblica, sia per sottrarre tale conquista al pericolo di ridimensionamento ad ogni cambio di maggioranza, come insegna la vicenda dei «diritti degli immigrati» sanciti dal testo unico del 1998 e fortemente incisi dalla legge n. 189/2002.

Nel quadro immaginario ora delineato, l'avvio del processo di «smitizzazione» della cittadinanza formale come condizione ineludibile per l'estensione agli extracomunitari dell'elettorato attivo e di quello passivo avverrebbe in un primo momento a mezzo di leggi ordinarie, trovando coronamento nella modifica costituzionale. Si verificherebbe, in sostanza, un processo simile a quello che ha riguardato le azioni positive in favore delle donne, che pure si atteggiano in modo peculiare: non solo perché le donne non costituiscono una minoranza, bensì una connotazione dell'umanità [38], ma anche perché l'estensione dell'elettorato attivo e passivo agli extracomunitari si muove nell'orbita del principio di uguaglianza formale, mentre le azioni positive in favore delle donne – e non solo quelle in materia elettorale – sono riconducibili al 2° comma dell'art. 3, Cost. Tuttavia, la somiglianza si coglie se si pensa che anche le *affirmative actions gender oriented* sono state riconosciute in origine dalla legislazione ordinaria, per essere «costituzionalizzate» in momenti successivi, dapprima in occasione della riforma del Titolo V (art. 117, 7° comma) e poi, a tutto tondo, nel «nuovo» art. 51 Cost.

---

attivo e passivo agli extracomunitari *prima* che tale innovazione sia stata introdotta nel sistema. A meno che, in occasione dell'adeguamento degli statuti speciali evocato dall'art. 10, legge cost. n. 3/2001, non si proceda ad estendere la portata degli artt. 48 e 51, Cost., riconoscendo *per tabulas* l'elettorato attivo e quello passivo agli stranieri residenti. Una simile innovazione – ammesso che si giunga ad approvare la legge costituzionale che dovrebbe immetterla – non sarebbe contestabile, se si tiene presente che gli statuti speciali incontrano il solo limite dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e che la differenza rispetto al resto del Paese si giustificherebbe proprio in nome della specialità: sul senso da attribuire, oggi, a quest'ultima, v. per tutti G. SILVESTRI, *Le Regioni speciali tra limiti di modello e limiti di sistema*, in *Le Regioni*, 2004, 1118 ss.

[38] M. RODANO, *Il genere femminile nei sistemi politici europei*, in AA.VV., *Il genere della rappresentanza*, a cura di M. BOCCIA-I. PERETTI, suppl. a *Democrazia e diritto*, 1988, 107. In argomento, si rinvia per tutti a A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

# LA CONVIVENZA «SENZA MATRIMONIO» NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

*di Nicola Pignatelli*

SOMMARIO: 1. La crisi della famiglia fondata sul matrimonio: la struttura e l'oggetto del giudizio. – 2. La nozione di famiglia e il valore costituzionale della convivenza *more uxorio*: i parametri. – 3. Il falso problema della discriminazione e la tutela dei diritti inviolabili: le decisioni rese nel giudizio in via incidentale. – 4. Un contributo giurisprudenziale ulteriore: le decisioni rese sugli Statuti regionali. – 5. Indicazioni per il legislatore e per i giudici: i principi. – 6. La discriminazione delle coppie omosessuali: le «omissioni» della Corte costituzionale.

## 1. *La crisi della famiglia fondata sul matrimonio: la struttura e l'oggetto del giudizio*

Negli ultimi decenni del '900 si è consolidata una crisi della famiglia monogamica fondata sul matrimonio, una «destabilizzazione» del modello classico, le cui radici storiche affondano nella rivoluzione industriale e nel progressivo superamento delle strutture di una società meramente agricola. L'affermazione di modelli alternativi di convivenza ha dato vita ad un complesso di isole (un «arcipelago» [1] intorno all'isola storica (la famiglia fondata sul matrimonio).

L'ampliamento della fenomenologia familiare [2] è evidentemente connesso all'innalzamento della vita media, all'instabilità dell'impiego, ai fenomeni di globalizzazione socio-economica, al superamento delle forme di produzione in

[1] L'espressione è di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509, il quale completa suggestivamente l'immagine classica della famiglia come «isola», la cui paternità è dello Jemolo.

[2] La Conferenza sulla popolazione e lo sviluppo nel *Programme of action of United States* (1994) ha affermato che «*in different cultural*, *political and social system*, *various forms of the family exist*».

cui la famiglia era nucleo minimo essenziale [3], all'affievolimento di taluni pregiudizi, propri della cultura cattolica [4], nei confronti dell'omosessualità. In queste pagine però non affronteremo le ragioni complesse della crisi istituzionale della convivenza fondata sul matrimonio, ma indagheremo, attraverso la giurisprudenza costituzionale, un fatto, meglio una pluralità di *fatti sociali* (le forme di convivenza «senza matrimonio» tra eterosessuali e tra omosessuali) che si impongono nella loro oggettiva diffusione come realtà ineludibili e portano con loro eterogenei bisogni di «giuridificazione» (più o meno intensa) e di riconoscimento giuridico come presupposto di riconoscimento sociale.

---

[3] Una prima analisi economica della famiglia si trova nel classico di F. ENGELS, *Le origini della famiglia*, Roma, 1963, il quale in un'indagine strutturale sulla genesi della famiglia monogamica scriveva che in questa «nei casi che manifestano il conflitto tra uomo e donna, provocato dall'esclusiva dominazione dell'uomo, abbiamo un'immagine in piccolo degli stessi antagonismi e delle stesse contraddizioni in cui si muove, senza poterli risolvere e superare, la società scissa in classi». W. REICH, *La rivoluzione sessuale*, Milano, 1983, durante l'esperienza dei fascismi europei avrebbe spostato la prospettiva sul piano politico-istituzionale, cercando di dimostrare come la famiglia rappresentasse una microproiezione dello Stato autoritario nella società civile, una sorta di cellula statuale. Nella legittimazione del modello patriarcale si proiettava la categoria politico-giuridica della gerarchia, che informava anche i rapporti interni al nucleo familiare. La lotta per la liberazione sessuale diveniva così il presupposto, secondo Reich, per il «progresso civile». H. MARCUSE, *Eros e civiltà*, Torino, 1964, ha descritto invece la contrapposizione tra l'*Eros* e un ordinamento giuridico «repressivo», affermando che l'*Eros* in un tale ordinamento si trasforma in mera soddisfazione di «un bisogno represso» (richiamando l'analisi di Freud), in un istinto irrazionale che tenta di vincere le «limitazioni esterne» imposte. Solo in un ordinamento «non repressivo» l'*Eros* si razionalizza, responsabilizzandosi e attribuendosi degli «autolimiti», che ne sublimano la natura, così che «gli stessi istinti sessuali possono generare rapporti erotici duraturi tra individui maturi». Su tali problematiche inoltre v. D. COOPER, *The death of family*, London, 1971; H. MARCUSE, *L'autorità e la famiglia*, Torino, 1975; C. LASCH, *La cultura del narcisismo*, Milano, 1981. In questa logica, che parte da Engels ed arriva a Lasch, la contestazione («la disgregazione») del modello familiare, pur per fini filosoficamente diversi, si risolve in una contestazione dell'ordinamento giuridico generale, ossia dei valori «meta familiari». La nostra indagine invece muove dalla oggettiva presenza nella società civile di «ulteriori» forme di convivenza che, anziché essere caratterizzate da una carica ideologica critica verso l'ordinamento giuridico, più semplicemente richiedono ad esso forme di tutela giuridica.

[4] È in tal senso emblematico un lungo documento del Pontificio Consiglio per la famiglia (26 luglio 2000) che ha affrontato il fenomeno della «*disaffezione per la stabilità del matrimonio*», alla luce di una presunta prestatualità giusnaturalistica della famiglia (che non può essere che fondata sul vincolo matrimoniale), affermando che quella «*precede e supera*, *in maniera assoluta e radicale*, *il potere sovrano dello Stato*». Da qui la necessità di contrastare il riconoscimento di qualsiasi rilevanza giuridica, visto che questa è «*il primo passo verso l'equiparazione*», alle unioni di fatto con una sorta di appello al legislatore, ai «*parlamentari cattolici*», in nome della difesa dei valori senza i quali «*una democrazia si converte facilmente in totalitarismo aperto*». Tra l'altro il Pontificio Consiglio ha affermato inoltre la «*gravità maggiore dell'equiparazione del matrimonio alle relazioni omosessuali*», richiamando quanto detto da Giovanni Paolo II, che ha definito le coppie omosessuali «*una deplorevole distorsione di ciò che dovrebbe essere una comunione di amore di vita tra un uomo e una donna*» (*Angelus* 19 giugno 1994).

Fino ad oggi le risposte dell'ordinamento italiano al problema della rilevanza giuridica della convivenza «senza matrimonio» non solo si sono limitate alle sole coppie eterosessuali [5] ma sono state per di più «rapsodiche», essendo affidate da una parte a talune leggi speciali [6], le cui *rationes* tra l'altro appaiono così eterogenee tanto da non potersi dedurre un quadro sistematico di principi, e dall'altra all'attività interpretativa analogica dei giudici, che hanno tentato di rispondere alle esigenze di tutela attraverso una estensione «argomentata» [7] della disciplina legale sul matrimonio (Libro I, Titolo VI, c.c.), per quanto l'uso dell'analogia faccia sorgere dei dubbi sulla ragionevolezza di tale assimilazione [8].

Non può negarsi però che vi sia stato un certo attivismo dei giudici comuni nel sollevare questioni di costituzionalità; nella maggior parte dei casi le ordinanze di rinvio hanno fatto emergere l'irragionevolezza della disparità di trattamento tra i coniugi e i conviventi (oltre alla violazione di ulteriori parametri), così da far sorgere la necessità di verificare se la giurisprudenza costituzionale abbia ritenuto «discriminate» quelle forme di convivenza «*parafamiliare*», secondo l'espressione della stessa Corte costituzionale (sent. n. 372/1994) e della Corte di Cassazione (sent. n. 2988/1994).

---

[5] Fanno eccezione le iniziative di taluni Comuni (Empoli, Pisa, Cogoleto, Firenze, Ferrara, Perugia, Bolzano, ecc.) che hanno istituito i Registri delle unioni civili (anche per le coppie omosessuali) e qualche isolata pronuncia giurisprudenziale, come la sent. 19 novembre 1993 della Corte di Appello di Torino che ha riconosciuto il diritto di astensione dal deporre *ex* art. 199 c.p.p. al teste, convivente omosessuale dell'imputato. Sulla istituzione dei Registri comunali v. R. ROMBOLI-E. ROSSI, *I registri comunali delle unioni e i loro censori*, in *Foro it*., III, 1996, 524.

[6] Quelle più recenti: la legge n. 354/1975 (art. 30) riconosce al detenuto il permesso per assentarsi dal carcere per prestare assistenza al proprio convivente; la legge n. 91/1999 (art. 3) stabilisce l'obbligo di informazioni, sulle opportunità terapeutiche per le persone in attesa di trapianto, al coniuge non separato e al convivente *more uxorio*; la legge n. 53/2000 (art. 49), relativa ai congedi parentali, riconosce al convivente stabile (che risulti da certificazione anagrafica) la facoltà di assentarsi dal lavoro in caso di decesso dell'altro o per la necessità di assistere il *partner* infermo; la legge n. 149/2001 ha assimilato alla convivenza post-matrimoniale il periodo durante il quale i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio ai fini del riconoscimento dell'idoneità all'adozione. Per una ricognizione analitica della «rilevanza» giuridica della convivenza nel sistema normativo v. M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv*., 1992, 193.

[7] L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv*., 1987, 320, afferma che la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia è «di grado, non di sostanza»; «l'interpretazione estensiva è una analogia facile (ritenuta o fatta passare per) accettabile dal senso comune dei giuristi; l'analogia è una estensione che richiede giustificazione».

[8] Per un'analisi critica sull'uso della analogia v. R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, in A. ALBISETTI-R. BOTTA-S. CICCARELLO-L. ROSSI CARNEO-R. TOMMASINI (a cura di), *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004, 480 ss. Per un'analisi della analogia come strumento idoneo a colmare qualsiasi vuoto normativo senza la necessità di un intervento del legislatore v. M. DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, cit., 194 ss.

La struttura del giudizio costituzionale è stata caratterizzata da una natura «omogenea», poiché la Corte in tutti i casi si è trovata a rispondere alle richieste di pronunce additive dei giudici *a quibus* per le *omissioni* di quelle norme che tutelano i conviventi accanto ai coniugi. Una logica di giudizio che evidentemente sottende dei vuoti normativi di regolamentazione ancor prima che di tutela del fenomeno della convivenza «senza matrimonio»; tali vuoti sono stati tra l'altro accentuati da una raccomandazione del Parlamento europeo (16 marzo 2000) che «chiede agli Stati» di «garantire» alle «coppie non spostate» e «alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali» [9], nonché dalla scelta politica di molti Stati europei di adottare una disciplina normativa per le forme di convivenza al di fuori dell'istituzione matrimoniale [10].

Inoltre, ciò che è apparso evidente è una sensibilità «diffusa» dei giudici comuni verso la famiglia di fatto, come è dimostrato anche dalla giurisprudenza di merito. La Corte costituzionale, pur sottoposta a questa pressione dei giudici *a quibus*, attraverso la composizione di un quadro coerente di principi, è comunque riuscita a delimitare la propria funzione di supplenza, ribadendo costantemente gli appelli al legislatore [11].

---

[9] Il Parlamento europeo con la raccomandazione del 16 marzo 2000 inoltre «osserva con soddisfazione che in numerosissimi Stati membri vige un crescente riconoscimento giuridico della convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso»; «chiede agli Stati che non vi abbiano ancora provveduto di modificare la propria legislazione al fine di riconoscere legalmente la convivenza al di fuori del matrimonio indipendentemente dal sesso»; «rileva pertanto la necessità di compiere rapidi progressi nell'ambito del riconoscimento reciproco delle varie forme di convivenza legale a carattere non coniugale e dei matrimoni legali tra persone dello stesso sesso esistenti nell'UE». In realtà, come vedremo più avanti, il Parlamento europeo opera una irragionevole assimilazione della convivenza eterosessuale a quella omosessuale, non valorizzando i profili distintivi delle due figure. Su tale raccomandazione v. E. CALÒ, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia*?, in *Contr. impr.*, 2000, 676. Inoltre il Paralamento europeo ha affrontato il solo fenomeno della convivenza omosessuale con le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 (Parità dei diritti degli omosessuali nella comunità), dell'8 aprile 1997 (Rispetto dei diritti dell'uomo nell'unione europea), del 17 settembre 1998 (Parità di diritti degli omosessuali nell'Unione europea).

[10] Per un'indagine comparatistica sui modelli di tutela della convivenza «senza matrimonio» v. G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi satus. Note sull'esperienza maturata in alcuni paesi dell'Europa del Nord*, in F.B. D'USSEAUX-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, 177 ss.; S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano, 2003, 35 ss.; E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali*, Milano, 2004, 21 ss.; C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze «registrate»*, in *Familia*, 2002, 501 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163 ss.; F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e contratto: il pacte civil de solidaritè*, in *Contr. impr.*, 2002, 115 ss.; J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003, 503.

[11] La Corte costituzionale, a partire dalla prima pronuncia in cui affronta in modo sistemati-

È necessario però chiarire da subito che anche la giurisprudenza costituzionale, come gli interventi legislativi e quelli della giurisprudenza comune, si è sviluppata esclusivamente intorno alle *coppie eterosessuali*, ossia intorno ad una sola tipologia di convivenza. Nella maggior parte delle pronunce la Corte ha utilizzato infatti la nozione classica di famiglia di fatto/convivenza *more uxorio* [12], mentre in taluni casi ha delimitato esplicitamente tale nozione riferendosi ad «*un'altra forma di vita comune tra uomo e donna*» (sent. n. 8/1996) o al legame con un «*altro soggetto di sesso diverso*» (sent. n. 6/1977). Bisognerà successivamente verificare in primo luogo quanto sia ragionevole il «silenzio» sulle coppie omosessuali, in secondo luogo se qualche principio in materia di coppie eterosessuali sia «fungibile» per quelle omosessuali ed inoltre se qualche principio possa essere ricercato al di fuori della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di coppie di fatto eterosessuali.

Quanto a quest'ultima, dopo un'analisi generale sulla struttura del giudizio, è necessario un tentativo di sintesi riguardo all'*oggetto*. Nel 90% dei casi oggetto del giudizio costituzionale è un «atto dello Stato». Le pronunce rese in *materia penale* (40%) hanno riguardato tre sole norme, tutte qualificabili tra l'altro come «cause di non punibilità»: l'art. 649 c.p. (sent. n. 423/1988), l'art. 307 (in cui vi è la definizione di «prossimo congiunto») in combinato disposto, con l'art. 350 c.p.p. (sent. n. 6/1977) e con l'art. 384 c.p. (sentt. nn. 124/1980, 39/1981, 237/1986, 8/1996, ordinanza n. 121/2004). Nella *materia civile* (50%) una metà delle pronunce è stata resa su norme del codice civile e l'altra metà su leggi speciali, diversamente dalla materia penale in cui l'oggetto del giudizio è rappresentato esclusivamente da norme di natura codicistica. La maggior parte di queste pronunce riguarda il diritto all'abitazione e in particolar modo la disciplina dei contratti di locazione (sentt. nn. 45/1980, 404/1988, 310/1989, 166/1998, ordinanza n. 61/2002); le altre invece la materia delle successioni, dell'adozione, della sospensione della prescrizione e della separazione giudiziale (sentt. nn. 310/1989, 281/1994, 2/1998, 166/1998, ordinanza 491/2000).

Solo nel 10% dei casi l'oggetto è rappresentato da un «atto regionale», in particolar modo si tratta di due leggi regionali, tra l'altro della medesima Re-

---

co il valore costituzionale della convivenza (sent. n. 6/1977), afferma che «*de iure condendo la normale presenza di quegli interessi non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse ed in particolare per quella che ricorre nella specie. E sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione*».

[12] «Una convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra *un uomo e una donna* che si comportano come se fossero marito e moglie». Così si esprime M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, cit., 189. Si vedano anche le definizioni date da V. ROPPO-M. BENEDETTI, voce *Famiglia, III) Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, Roma, 1999, 570; M. SGROI, *La famiglia di fatto*, in G. CASSANO (a cura di), *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, 2002, 272; F.D. BUSNELLI-A. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1993, 757; V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984, 53.

gione (Piemonte) ed entrambe recanti disposizioni per l'assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica (sent. nn. 559/1989, ordinanza n. 164/2004). Un contributo giurisprudenziale ulteriore su un atto regionale, al di fuori del giudizio in via incidentale, può inoltre desumersi dalle sentt. nn. 372/2004 e 378/2004 rese sugli Statuti della Toscana e dell'Umbria, per quanto tale giurisprudenza, come vedremo, necessiti di una lettura «integrata» con quanto detto dalla Corte nel giudizio incidentale.

## 2. *La nozione di famiglia e il valore costituzionale della convivenza* more uxorio*: i parametri*

I giudici *a quibus* hanno invocato principalmente quattro parametri alla luce dei quali le omissioni del legislatore sono state indubitate di illegittimità. Quattro norme costituzionali che sottendono altrettante problematiche: la nozione costituzionale di famiglia (art. 29 Cost.), il valore costituzionale della convivenza «senza matrimonio» (art. 2 Cost.), la sussistenza di una irragionevole disparità di trattamento tra coniugi e conviventi (art. 3 Cost.), il valore della filiazione naturale in seno alla convivenza stessa (art. 30 Cost.).

Solo in pochi casi è stata invocata la violazione dell'art. 29 Cost. poiché, quando è stato fatto valere tale parametro, i giudici si sono spinti fino ad una dilatazione della nozione di famiglia, sottraendo all'istituzione del matrimonio il valore di elemento «essenziale». In realtà l'art. 29 Cost. riconosce i diritti della famiglia, per quanto tale riconoscimento non sia esteso a qualsiasi relazione familiare, ma solo a quelle «fondate sul matrimonio», come modello istituzionale a cui il codice civile (Libro I, Titolo VI) riferisce una puntuale disciplina legale. Attraverso l'istituto del matrimonio l'ordinamento attribuisce proprio alle relazioni familiari le «*caratteristiche di certezza e stabilità*» (Corte cost., sent. n. 37/1986), informa tali relazioni alla «*reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri*» (Corte cost., sent. n. 310/1989), fino a conferire alla istituzione della matrimoniale una «*dignità superiore*» (Corte cost., sent. n. 310/1989).

Il *favor matrimonii*[13], che può desumersi dal principio enunciato dall'art. 29, 1° comma, Cost., trova inoltre un suo corollario ed una sua concretizzazione in un'altra norma costituzionale, che esplicita la specialità della famiglia legittima. L'art. 31, 1° comma, Cost. dispone infatti che la Repubblica agevola

[13] Sul valore di tale *favor* v. M. BESSONE, sub *art. 29 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 27; E. ROSSI, *Famiglia fondata sul matrimonio e unioni civili: profili costituzionali ed evoluzione giuridica*, in *Quest. giust*., 2000, 582; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1070.

con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia (non qualsiasi ma quella modulata sulle direttive dell'art. 29 Cost.) e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Sembra potersi leggere un livello «premiale» [14] di tutela, che la Costituzione riconosce alla famiglia matrimoniale, per la quale l'ordinamento dovrà prevedere premi di natalità, premi di nuzialità, agevolazioni fiscali per nuclei numerosi, ecc. Sarebbe così illegittima una legge che faccia accedere a tale livello qualsiasi tipologia di comunità di vita, come la convivenza «senza matrimonio».

È evidente però che la specialità ricomponibile alla luce del combinato disposto degli artt. 29 e 31 Cost., non può risolversi in una negazione di rilevanza giuridica di tutti quei modelli di convivenza alternativi alla stessa istituzione matrimoniale, poiché è possibile individuare un livello di tutela «altro» rispetto a quello premiale(-massimo). Lo stesso art. 29 Cost., nella parte in cui definisce la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio», sembra portare con sé una sorta di prevedibilità storica dell'affermazione di relazioni familiari fuori dal matrimonio, sul presupposto che la famiglia, in una prospettiva non giusnaturalistica ma storicistica [15], in quanto «società naturale», lega le proprie forme evolutive al quadro socio-economico, ai suoi mutamenti, all'emersione di nuovi bisogni. Nella dimensione *naturale* della famiglia non si annida una pre-statualità trascendente, che la cultura cattolica ha tentato di legittimare per sostenere l'indissolubilità del matrimonio nel dibattito politico sul divorzio, ma la sua capacità «autopoietica» [16], che la rende formazione sociale «autonoma» a qualsiasi imposizione *ab externo*. In definitiva la costituzionalizzazione di un modello, quello della famiglia-istituzione fondata sul ma-

---

[14] Sulla nozione di «premialità» v. M. BESSONE, sub. *artt. 30-31 Cost*., in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 135 ss.

[15] In una prospettiva storicistica v. M. BESSONE, sub *art. 29 Cost*., cit., 8; P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, 783 ss.; G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1444 ss. Tra l'altro P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ)*, cit., 783, afferma che all'espressione «società naturale» non potrebbe attribuirsi un significato diverso «da quello che compete» all'espressione «formazione sociale» dell'art. 2 Cost. In una prospettiva giusnaturalistica v. G. GIACOBBE, *Vecchie e nuove problematiche in tema di famiglia di fatto*, in *Iustitia*, 1997, 257 ss.; PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Dichiarazione sulla Risoluzione del Parlamento europeo che equipara la famiglia alle «unioni di fatto», comprese quelle omosessuali*, 17 marzo 2000; D. TETTAMANZI, *Famiglia e unioni di fatto*, in *Osservatore Romano*, 5 settembre 1998. Una suggestiva critica della logica giusnaturalistica si trova in R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1068, il quale evidenzia l'esistenza di una contraddizione lessicale e concettuale: «Come può essere che una società naturale, preesistente al diritto, sia da questo riconosciuta solo quando assume precise connotazioni formali determinate dal diritto stesso (...)?».

[16] P. DONATI, *Le famiglie di fatto come realtà e come problema sociale oggi in Italia*, in *Iustitia*, 1990, 239.

trimonio, non può neutralizzare la naturale (*rectius* storica) affermazione di altre tipologie familiari.

La Corte costituzionale (sent. n. 372/1994) e la Cass. (sent. n. 2988/ 1994), da un punto di vista *nominalistico*, come già anticipato, hanno però affermato che la famiglia in senso stretto è soltanto quella che si risolve nel matrimonio, ossia nel modello dell'art. 29 Cost., definendo le tipologie alternative a quel modello come «parafamiliari», prossime in qualche modo ad una famiglia ma mai tali in senso proprio, dovendo così dedursi che nel nostro ordinamento non possa parlarsi di *famiglie* ma più semplicemente di *famiglia* (quella fondata sul matrimonio) e di formazioni che a quella somigliano soltanto (*parafamiliari*).

In ogni caso queste ultime pur non potendo essere ricondotte sotto la copertura dell'art. 29 Cost. [17], trovano una loro tutela nell'art. 2 Cost., in cui si legge che la Repubblica, oltre a garantire e a riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo come singolo, riconosce e garantisce i diritti inviolabili anche nelle «formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». In tale prospettiva la Corte di Cassazione (sent. n. 556/1977) ha anticipato la stessa Corte costituzionale, che soltanto alla metà degli anni '80 avrebbe affermato che «*un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche*» (sent. n. 237/1986).

Sembra allora evidente come la valorizzazione dell'art. 2 Cost. permetta di individuare un livello «minimo» di tutela, limitato ai diritti inviolabili, assai distante da quel livello «massimo» (premiale), prodotto del combinato disposto degli artt. 29 e 31 Cost.; un livello di tutela «leggero» che risponde alla volontà autonomista della coppia di sottrarsi alla disciplina più invasiva del codice civile. Dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che ha costantemente ribadito il valore dell'art. 2 Cost. [18], dovrebbe così potersi dedurre un'ulteriore indicazione per il legislatore; sarebbe infatti illegittima una legge che vieti la

---

[17] La Corte costituzionale con la sent. n. 237/1986 è assai chiara nel dire che «*L'art. 29 riguarda la famiglia fondata sul matrimonio: come del resto fu pressoché univocamente palesato in sede di assemblea Costituente la compagine familiare risulta strettamente coordinata con l'ordinamento giuridico, sì che rimane estraneo alle garanzie ivi offerte ogni altro aggregato pur socialmente apprezzabile, divergente tuttavia dal modello che si radica nel rapporto coniugale*». In sede costituente «*fu esplicitamente rifiutato un voto inteso a disgiungere, nell'art. 29 la locuzione "diritti della famiglia come società naturale" dall'altra "fondata sul matrimonio"*». Queste espressioni sono un «*inscindibile endiadi*».

[18] Una definizione chiara dell'ambito oggettivo di operatività dell'art. 29 Cost. e dell'art. 2 Cost. si trova per la prima volta nella sent. 237/1986 e successivamente nella sent. 8/1996: «*Questa Corte (…) ha ricondotto il primo nell'ambito di protezione, offerta dall'art. 2 Cost., dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali e il secondo a quello dell'art. 29 Cost. Tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna, si rende possibile riconoscere ad entrambe la loro propria specifica dignità*».

costituzione di una certa formazione sociale. Verrebbe da chiedersi se tale limite valga anche per le coppie omosessuali [19], visto che la giurisprudenza costituzionale tace sul valore di quest'altra tipologia di convivenza.

Il legislatore, informandosi al contenuto che la Corte costituzionale ha attribuito all'art. 2 Cost., non potrebbe certo limitarsi ad individuare i diritti inviolabili da attribuire ai singoli nelle formazioni sociali ma dovrebbe affermare anche i «doveri inderogabili di solidarietà», poiché questi stessi sono un presupposto per lo sviluppo della personalità in seno alla convivenza extramatrimoniale, essendo rilevanti sia dal lato attivo, come espressione della logica solidaristica che permea tutta la Costituzione, sia dal lato passivo, visto che un dovere di un convivente diviene funzionale e strumentale (anche) allo sviluppo della personalità dell'altro convivente. In questo senso non può affermarsi che soltanto la famiglia fondata sul matrimonio sia caratterizzata dalla corrispettività e dalla reciprocità di diritti e doveri, dovendo rilevarsi invece che dallo stesso paradigma dell'art. 2 Cost. è possibile dedurre tale reciprocità, per quanto meno intensa, come non può essere per un livello soltanto «minimo». La stessa Corte cost. con la sent. n. 237/1986 parla di «*formazioni sociali e di conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche*» ed afferma che «*per le basi di fondata affezione che li saldano e per gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli (…) di compiuta obiettiva valutazione*».

Tale livello «minimo» di reciprocità dei diritti e doveri appare strumentale allo sviluppo della personalità in seno alla formazione sociale, ossia strumentale alla funzione essenziale della convivenza *more uxorio* come comunità spirituale, economica, affettiva, stabilmente legata ad una casa familiare [20] ma sottrattasi liberamente al regime legale del matrimonio [21]. Lo stesso *Conseil Constitutionnel*, pronunciatosi sulla legge n. 944/1999 che introduce i Patti di so-

---

[19] Vi sono taluni Stati in cui l'omosessualità è contrastata prima ancora del suo farsi relazione. L'Austria continua ad applicare sanzioni penali agli omosessuali (art. 209 c.p.). Nella Relazione annuale del Parlamento europeo sui diritti umani nell'Unione del 16 marzo 2000 si legge: «*si esorta l'Austria ad abrogare tale disposizione discriminatoria* (209 c.p.), *ad amnistiare immediatamente e a scarcerare tutti i detenuti a seguito di tale provvedimento*».

[20] La Corte di Cassazione ha contribuito a specificare tali indici sintomatici. Appaiono assai significative in tal senso le sentt. nn. 2628/1983, 2988/1994 e 3503/1998 da cui è possibile individuare i criteri oggettivi, presupposti di rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio* come *communio omnis vitae*. Anche la famiglia di fatto può esprimere l'*affectio maritalis*. In tal senso la ricostruzione di M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto: evoluzioni e prospettive*, in *Dir. fam*., 1999, 1475.

[21] M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto*, cit., 1477 afferma che «una tale decisione può dipendere, a volte, dal bisogno di sottrarsi all'applicazione dei principi che in un certo momento storico regolano la famiglia legittima, oppure dalla non accettazione di un vincolo che, nella sostanza, si vuole non incida sul rapporto affettivo esistente tra essi *partners*, oppure, ancora, da una preferenza verso scelte privatizzate, anziché istituzionalizzate».

lidarietà nell'ordinamento francese (PACS), ha suggestivamente affermato che «*la vita in comune va al di là della comunione di interessi*» [22], marcando inoltre una distinzione netta tra la convivenza *more uxorio* e il concubinato (o unione libera). Tra l'altro la natura della famiglia di fatto, caratterizzata dalla volontà di rimettere quella reciprocità alla prosecuzione spontanea e costante dell'unione, valorizza maggiormente i doveri, che una volta violati ne determinano l'estinzione.

La funzione essenziale di tale formazione sociale (art. 2 Cost.) trova inoltre una sua specificazione in altre norme costituzionali: nell'art. 30, 1° comma, Cost., che riconosce un diritto e un dovere pedagogico-assistenziale (a mantenere, istruire, ed educare i figli) *indipendentemente dal matrimonio* (quindi anche nella convivenza extra-matrimoniale), nell'art. 31, 2° comma, Cost., che tutela la maternità, l'infanzia e la gioventù come valori costituzionali *tout court*, quindi anche *indipendentemente dall'istituzione familiare*, ed infine nell'art. 37, 1° comma, Cost., in cui si legge chiaramente che oggetto di tutela è la «funzione familiare» della donna lavoratrice (e *non la sua posizione istituzionale di moglie nella famiglia legittima*) [23].

In molti casi lo stesso art. 2 Cost. è stato invocato come parametro dai giudici *a quibus*, che hanno tentato di utilizzare in maniera impropria il catalogo «aperto» dei diritti inviolabili, chiedendo alla Corte di attribuire ai conviventi *more uxorio* una serie di situazioni giuridiche soggettive «omesse» dal legislatore. Come vedremo (*infra*, par. 3), i giudici hanno chiesto più di quello che la giurisprudenza costituzionale possa fare, avendo dovuto così la Corte delimitare la sfera di inviolabilità dei diritti del singolo in seno alla convivenza *more uxorio*. Tra l'altro nelle ordinanze di rinvio la violazione dell'art. 2 Cost. è stata rilevata prevalentemente come specificazione della violazione del principio di uguaglianza, come «contenuto» della discriminazione operata dal legislatore nelle ipotesi in cui non ha previsto la titolarità un diritto in capo ai conviventi (così come ai coniugi).

---

[22] Il testo legislativo è stato infatti sottoposto al *Conseil Constitutionnel* da parte di un gruppo di parlamentari. Il giudice costituzionale (con la decisione n. 99-419 pubblicata in *Journal Officiel* del 9 novembre 1999) ha respinto tutte le questioni sollevate ma non ha tralasciato di fornire interpretazioni delle varie disposizioni. Sul contenuto del PACS v. F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e contratto: il pacte civil de solidarité*, cit., 115 ss.

[23] Una lettura del combinato disposto degli artt. 30, 1° comma, Cost., 31, 2° comma, Cost. n. 37, 1° comma, Cost. si trova in R. GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, 1989, 109 ss.; G. ALPA-M. BESSONE-A. D'ANGELO-G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1983, 69 ss. Una tale lettura tende a valorizzare la distinzione tra la dimensione formale della famiglia-istituzione e quella sostanziale della famiglia-funzione; la contrapposizione funzione-istituzione asseconda una concezione sulla base della quale assume rilevanza il profilo essenziale comune ad una molteplicità di forme di convivenza. Sul punto v. G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo*, cit., 1439 ss.; F. GHIRETTI, *La successione dei figli naturali alla luce degli artt. 2, 29, 30 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 331 ss.

La *discriminazione* fatta valere dai giudici si pone evidentemente al di là delle sette categorie dell'art. 3 Cost. (sesso, lingua, razza, ecc.) [24], portando il principio di uguaglianza in senso classico a sconfinare in quello di ragionevolezza [25], alla luce del quale condizioni eguali devono pretendere un trattamento eguale (così come condizioni diseguali richiedono un trattamento diseguale) [26]. I giudici hanno infatti qualificato la convivenza *more uxorio* e la famiglia fondata sul matrimonio come «condizioni eguali» trattate irragionevolmente in modo diseguale, ogni qual volta il legislatore abbia previsto una certa disciplina per la seconda e non per la prima. In tale logica il principio di ragionevolezza rimane ancorato allo schema ternario del *tertium coparationis*: a) norma impugnata (ossia la norma applicabile ai coniugi); b) art. 3 Cost. come parametro (specificato, come detto, prevalentemente dalla violazione dell'art. 2 Cost.); c) norma valutata come termine di paragone al fine di accertare la disparità di trattamento (ossia la norma applicabile ai coniugi nella parte in cui non prevede la propria operatività anche per i conviventi).

Non può negarsi infatti che la logica triadica, sulla base della quale è possibile l'accertamento del principio di uguaglianza, sia operativa anche quando la disposizione sia unica ma la norma oggetto del giudizio venga messa a confronto con una norma «omessa» dalla medesima disposizione [27]. In questa ipotesi la Corte si troverà dinanzi ad una richiesta di una pronuncia additiva, come è accaduto in tutte le ipotesi in cui i giudici *a quibus* hanno utilizzato il vuoto normativo di tutela della convivenza *more uxorio* come norma terza di paragone.

In realtà lo schema ternario necessita di un presupposto logico, ancor prima che giuridico: la norma di paragone deve disciplinare una situazione omogenea e comparabile a quella oggetto del giudizio; così l'accertamento della violazione del principio di uguaglianza per omissione nei confronti dei convi-

---

[24] Sul «superamento» delle categorie classiche dell'art. 3 Cost. v. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 88.

[25] Sul principio di ragionevolezza v. A.S. AGRÒ-U. ROMAGNOLI, *Sub art. 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; G. AMATO-F. COCUZZA-G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna, 1997, I, 311 ss.; A. CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994; F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965; ID., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997; A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza?. Il principio etico e la norma giuridica nella vita reale*, Roma, 1983; S. STAMMATI, *L'eguaglianza nel diritto costituzionale*, Milano, 1969.

[26] La Corte costituzionale afferma tale principio già nella sent. n. 53/1957.

[27] A. BARBERA-F. COCUZZA-G. CORSO, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in G. AMATO-A. BARBERA (a cura di), *Manuale*, cit., 317.

venti *more uxorio* necessita di una preliminare valutazione di comparabilità tra la famiglia matrimoniale e la stessa convivenza. Sarà così necessario verificare la giurisprudenza costituzionale sulla comparabilità dei due termini, per quanto il *discrimen* tra il livello di tutela dell'art. 2 Cost. e quello dell'art. 29 Cost. possa già fornire qualche anticipazione.

Sicuramente meno complessa risulta la tutela dei conviventi quando subentra la prole naturale. L'art. 30, 1° comma, Cost., di cui si è già detto a proposito della specificazione della funzione essenziale della convivenza, riconosce infatti anche «fuori dal matrimonio» i diritti e i doveri dei genitori, ossia la funzione di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli[28]. Tra l'altro il legislatore ha dato piena attuazione a questa norma costituzionale introducendo nel codice civile l'art. 317 *bis*, con il quale si dispone che in caso di riconoscimento da parte di entrambi i genitori l'esercizio della potestà spetti a questi congiuntamente, se conviventi. Così soltanto in pochi casi i giudici *a quibus* hanno invocato l'art. 30 Cost. come parametro ed in quei casi lo hanno fatto sempre rilevando l'omissione di un diritto (e non di un dovere genitoriale). Ma questo è storicamente fisiologico poiché qualsiasi processo di inclusione e di riconoscimento giuridico passa prima attraverso l'affermazione dei diritti, per quanto rimanga confermata la necessità, più volte ribadita dalla Corte, di un intervento del legislatore finalizzato a creare un sistema reciproco e bilanciato di diritti ed evidentemente di doveri.

## 3. *Il falso problema della discriminazione e la tutela dei diritti inviolabili: le decisioni rese nel giudizio in via incidentale*

Dopo aver ricomposto il quadro costituzionale, e dopo aver indicato le problematiche connesse ai valori in gioco, è necessario verificare come la Corte costituzionale abbia utilizzato quei parametri nel giudizio incidentale e quali risposte abbia dato ai giudici *a quibus*, riguardo alla illegittimità delle «omissioni» normative[29]. Non può negarsi come alla definizione del catalogo dei di-

[28] Sembra che la Costituzione stessa riconosca anche alla convivenza una funzione «familiare» (e non semplicemente «parafamiliare», secondo l'espressione della Corte) quando vi sia prole naturale. Lo stesso art. 37, 1° comma, Cost. infatti tutela la funzione familiare della donna lavoratrice, quindi non esclusivamente della moglie ma anche della madre convivente al di fuori del matrimonio.

[29] Un'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di convivenza *more uxorio* si trova in M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto*, cit., 1463 ss.; M. SERAFINI, *Famiglia di fatto: evoluzioni giurisprudenziali e questioni aperte*, in *P.Q.M.*, 2001, 109 ss.; F. BILE, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, *Riv. dir. civ.*, 1996, 641 ss.; A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir.*

ritti inviolabili dei conviventi *ex* art. 2 Cost. e dell'ambito di operatività della tutela *ex* art. 29 Cost. sia preliminare la problematica dell'accertamento della violazione del principio di uguaglianza e, quindi, della sussistenza di una «discriminazione» nei confronti dei conviventi. La Corte infatti ha costruito la propria giurisprudenza intorno all'art. 3 Cost. e al problema della «comparabilità» del termine di paragone (ossia della convivenza *more uxorio*).

La pronuncia capostipite è sicuramente la sent. n. 6/1977, con cui è stato affrontato un dubbio di legittimità sull'art. 350 del vecchio codice di procedura penale, nella parte in cui non consentiva al convivente dell'imputato di astenersi dal deporre allo stesso modo del coniuge [30]; a partire da quella decisione, la Corte ha costantemente ribadito che il fenomeno delle coppie di fatto eterosessuali non pone un problema di «parità di trattamento» rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio. Infatti nella maggior parte dei casi in cui è stata invocata la violazione dell'art. 3 Cost., la questione è stata ritenuta infondata [31], sulla base di un assunto chiaramente esplicitato: «*le due situazioni poste a raffronto*, *come è evidente*, *sono nettamente diverse. Manca pertanto il necessario presupposto perché di fronte ad un trattamento differenziato possa utilmente prospettarsi e quindi dirsi fondato il denunciato contrasto con l'art. 3 della Costituzione*» (sent. n. 6/1977). La incomparabilità dei termini dissolve così qualsiasi margine di operatività della logica del *tertium comparationis* [32], che informa l'accertamento del principio di uguaglianza.

La ragione giustificativa della diversità dei termini di paragone risiede nel fatto che la «convivenza *more uxorio* è un rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri degli artt. 143, 144, 145, 146, 147 c.c., che nascono soltanto dal matrimonio e

---

*fam*., 1998, 1659 ss.; R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost*., 1998, 2518 ss.; M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limite degli interventi additivi della Corte*, in *Giur. cost*., 1989, 1406 ss.; V. VELLUZZI, *Nota a Corte cost. sent. 166/1998*, in *Riv. dir. civ*., 1998, 880 ss.; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*, in *Giur. cost*., 1988, 766 ss.; A. PACE, *Il convivente more uxorio*, *il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all'abitazione*, in *Giur. cost*., 1988, 1801 ss.; R. LENZI, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*, in *Giur. cost*., 1988, 1802 ss.; P. FELICETTI, *Il Parlamento*, 1987, 53 ss.; C. COSSU, *Direttive costituzionali e famiglia di fatto: tutela della filiazione naturale e garanzia delle libertà individuali*, in *Dir. proc. civ*., 1998, 1783 ss.

[30] L'art. 199 del nuovo codice di procedura penale ha successivamente superato tale problematica estendendo la facoltà di astensione anche «a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso».

[31] In tal senso v. Corte cost. sentt. nn. 6/1977, 45/1980, 423/1988, 310/1989, 2/1998, 166/1998, 352/2000, 461/2000, ordinanza n. 491/2000.

[32] «*La famiglia legittima essendo una realtà diversa dalla famiglia di fatto non costituisce un adeguato tertium comparationis*», tale «*da rendere illegittima l'omissione e conseguentemente doverosa la sentenza additiva*» (sent. n. 2/1998).

sono propri della famiglia legittima» (sent. n. 45/1980). La convivenza invece appare instabile perché in balia della volontà degli stessi conviventi, della «*affectio* quotidiana, liberamente e in ogni istante revocabile» (sent. n. 423/1988), tanto da aver fatto dire alla Corte, prima che attenuasse il proprio pensiero [33], che ha una dignità inferiore [34] rispetto alla famiglia *ex* art. 29 Cost. Inoltre per la famiglia di fatto gli interessi e gli scopi della famiglia fondata sul matrimonio «si presentano come dati del tutto eventuali e comunque non necessari ed in ogni caso da dimostrare» (sent. n. 6/1977), così da determinare «la inapprezzabilità del rapporto di fatto» (sent. n. 237/1986).

Infatti la Corte, quando i giudici *a quibus* hanno tentato di far valere la violazione dell'art. 29 Cost., presupponendo una espansione del modello costituzionale di famiglia, si è pronunciata nel senso della infondatezza [35], non autorizzando «*la perdita dei contorni caratteristici delle due figure in una visione unificante*», visto che tali contorni vanno al di là del «*dato estrinseco della sanzione formale del vincolo*» (sent. n. 8/1996). La definizione degli ambiti di copertura costituzionale degli artt. 2 e 29 Cost., ossia la definizione di una «pluralità» dei livelli di tutela, permette tra l'altro di evitare una configurazione della convivenza come «*forma minore del rapporto coniugale*, *riprovata o appena tollerata*», così che dovrà essere evitata, ed in tal seno è chiara l'indicazione per il legislatore, «*un'impropria rincorsa verso la disciplina del matrimonio*», che ne sacrificherebbe il carattere della «*soggettività individuale*», appiattendola sulle «*esigenze obiettive della famiglia come tale*» (sent. n. 8/1996).

Questa continua opera di specificazione della «diversità» operata dalla Corte sembrerebbe viziata da due pronunce (sentt. nn. 91/1973 e 179/1976), che hanno fatto emergere una apparente contraddizione. Nei casi di specie i giudici *a quibus* avevano sollevato questione di costituzionalità su due norme «sfavorevoli» ai coniugi (ossia sul divieto di donazioni tra coniugi *ex* art. 781 c.c e sul cumulo dei redditi ai fini dell'imposizione fiscale *ex* art. 131, d.p.r. n. 645/1958) invocando la violazione del principio di uguaglianza, per quanto «invertito» rispetto alle ipotesi viste fino ad ora; ad essere discriminata infatti non era la famiglia di fatto ma quella fondata sul matrimonio. La Corte in entrambi i casi ha ritenuto tali norme incostituzionali per violazione del principio di uguaglianza, visto che davano vita «*per i nuclei familiari legittimi e nei confronti delle unioni libere*, *delle famiglie di fatto e di altre convivenze familia-*

---

[33] «*Tenendo distinta l'una dall'altra forma di vita comune tra uomo e donna*, *si rende possibile riconoscere a entrambe la loro propria specifica dignità*» (sent. n. 8/1996).

[34] La Corte costituzionale nella sent. n. 310/1989 riconosce alla famiglia legittima una «*dignità superiore in ragione dei caratteri di stabilità e certezza*».

[35] Corte cost. sentt. nn. 237/86 e 8/1996. In altri due casi, quando è stato invocato come parametro l'art. 29 Cost., la Corte si è pronunciata nel senso della inammissibilità per irrilevanza (sentt. nn. 124/1980 e 39/1981).

*ri*, *ad un trattamento deteriore*» (sent. n. 179/1976). Questa giurisprudenza presupponeva evidentemente una comparabilità tra i due termini, ritenendo operativo lo schema del *tertium comparationis*. In realtà le due pronunce, che alla luce di un apprezzamento meramente statico avrebbero potuto inficiare la coerenza della giurisprudenza della Corte di cui si è già detto, sono temporalmente precedenti alla sentenza capostipite (sent. n. 6/1977), a partire dalla quale si è affermata invece quella diversità «strutturale», che oggi è un «*punto fermo della giurisprudenza costituzionale*», un'«*ovvia constatazione*», come emerge dalla ordinanza n. 491/2000. Non può negarsi però che questa pronuncia di manifesta infondatezza in riferimento all'art. 3 Cost., sia giunta soltanto nel 2000, dovendo dedursi che fino ad allora la Corte si è continuamente impegnata a specificare i caratteri distintivi delle due figure.

Da quanto detto emerge una lettura esclusivamente «strutturale» delle relazioni familiari e di quelle parafamiliari, che non può che accentuare la «*essenziale diversità delle due situazioni*» (n. 8/1996). Ma nella giurisprudenza della Corte può scorgersi anche una valorizzazione dei caratteri comuni limitatamente «*ad aspetti particolari*», un approccio maggiormente «funzionale», alla luce del quale è prospettabile una «*analogia*». In questa prospettiva l'ammissione di una «comparabilità», se pur circoscritta solo ad alcuni profili, legittima un controllo sulla ragionevolezza [36] di tutte quelle norme che prevedono una certa disciplina per i coniugi ma non per i conviventi. Così l'art. 3 Cost. assume la sua funzione di parametro costituzionale non nelle sua portata «*eguagliatrice*» [37] (come divieto di discriminazione) ma come limite interno alla funzione legislativa, come esigenza di razionalità sganciata dal principio di uguaglianza. In definitiva la Corte costituzionale, una volta individuata la ragione fondante (*ratio legis*) della disposizione oggetto del giudizio, deve verificare, alla luce di una somiglianza per aspetti specifici, quanto sia ragionevole che il legislatore abbia omesso la convivenza *more uxorio* dalla sfera di applicazione di tale disciplina.

In alcuni casi, dopo aver espresso l'infondatezza della questione rispetto all'art. 3 Cost. come principio di uguaglianza formale, la Corte ha operato tale scrutinio, affermando che le norme in esame non meritavano censura «*neppure sotto il principio di razionalità*» [38]. In altri casi invece è stata accertata

[36] «*La distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tali, non esclude affatto, tuttavia la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possono presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'invocato art. 3 Cost.*» (sent. n. 8/1996).

[37] Così si esprime la Corte costituzionale nella sent. n. 310/1989.

[38] Corte cost. sentt. nn. 310/1989 e 461/2000. Nel primo caso la Corte non ha ritenuto irragionevole il mancato riconoscimento della convivenza come titolo di vocazione legittima all'eredità. Nel secondo caso è apparsa ragionevole la mancata inclusione del convivente fra i soggetti beneficiari del trattamento di reversibilità in materia pensionistica.

l'irragionevolezza della omissione legislativa, in particolar modo riguardo alla mancata previsione da parte dell'art. 6, legge n. 392/1978 (Disciplina delle locazioni di immobili urbani) della successione del convivente nel contratto di locazione in caso di morte del convivente originario contraente (sent. n. 404/1988) [39], e riguardo alla mancata previsione, da parte della disciplina prevista dalla Regione Piemonte in materia di assegnazioni degli alloggi di edilizia pubblica, della cessazione della convivenza tra le cause di successione nella convenzione di assegnazione (sent. n. 310/1989) [40]. L'irragionevolezza delle omissioni è stata così colmata da due sentenze di natura additiva [41].

In realtà il Giudice delle leggi, quando è stato invocato l'art. 3 Cost., spesso anziché pronunciarsi nel merito, ha adottato delle decisioni di inammissibilità nel rispetto della discrezionalità del legislatore [42], riconducibili, in sintesi, a tre ragioni giustificatrici: a) ai potenziali effetti «sistemici» di una pronuncia additiva, che avrebbe assunto una «*portata di integrazione generale del sistema legislativo*» (sentt. nn. 237/1986, 8/1996, ordinanza n. 121/2004) [43]; b) ai poten-

[39] In questa pronuncia la Corte afferma chiaramente che «*l'art. 3 Cost. va qui invocato non per la sua portata eguagliatrice, restando comunque diversificata la condizione del coniuge da quella del convivente more uxorio, ma per la contraddittorietà logica della esclusione di un convivente dalla previsione di una norma che intende tutelare l'abituale convivenza*». Su tale pronuncia v. G. FERRANDO, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà)*, cit., 766 ss.; A. PACE, *Il convivente more uxorio*, cit., 1801 ss.; R. LENZI, *La famiglia di fatto*, cit., 1802, ss.

[40] Su questa pronuncia v. M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale*, cit., 1406 ss.

[41] Solo in un caso la Corte ha utilizzato una sentenza interpretativa di rigetto (sent. n. 166/1998). Il giudice *a quo* aveva dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 155, 4° comma, c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di assegnare in godimento la casa familiare al genitore naturale affidatario, anche se lo stesso genitore affidatario non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile. Ma il giudice costituzionale ha affermato che «*la mancanza di una specifica norma (…) non impedisce allora di trarre da una interpretazione sistematica delle norme in tema di filiazione la* regula iuris *da applicare in concreto (…). L'interprete è infatti al cospetto di un sistema perfettamente coerente con i principi costituzionali, nel quale è già contenuta la norma che gli consente di regolamentare le conseguenze della cessazione della convivenza di fatto*». Probabilmente soltanto alla luce di un valore costituzionalmente «certo», ossia la posizione del convivente come genitore naturale (art. 30, 1° comma, Cost.), la Corte ha potuto permettersi una pronuncia interpretativa, che per la sua natura non vincola i giudici comuni; quando invece rileva la tutela costituzionale della convivenza *tout court*, nella sua problematicità, si impone un bisogno di maggiore certezza giurisprudenziale. Per un commento alla pronuncia v. R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto*, cit., 2518 ss.; V. VELLUZZI, *Nota a Corte cost. sent. 166/1998*, cit., 881 ss.

[42] Corte cost. sentt. nn. 237/86, 319/1989, 281/1994, 8/1996, ordinanza n. 121/2004.

[43] In queste ipotesi la Corte afferma che una ridefinizione giurisprudenziale della nozione di «congiunto» andrebbe ad incidere sull'impianto generale del codice penale e di procedura penale: «*la prospettata parificazione della convivenza e del coniugio (...) varrebbe a coinvolgere automaticamente (...) altri istituti di ordine processuale penale*» (sent. n. 237/1986) e «*determinerebbe ricadute normative conseguenziali di portata generale che trascendono l'ambito del giudizio*

ziali effetti «innovativi» di una pronuncia additiva, che avrebbe determinato l'introduzione di una singola norma «*strutturalmente*» e «*funzionalemte*» diversa (sent. n. 310/1989); c) all'impossibilità di determinare dei «*criteri oggettivi*» in via giurisprudenziale (sent. n. 281/1994) [44].

Non sembra però che possa essere individuato un fondamento certo della scelta tra pronunce di infondatezza e pronunce di inammissibilità. Volendo individuarne una per approssimazione, può dirsi che le decisioni di merito siano state adottate quando la Corte ha fatto prevalere un'analisi «strutturale» sulle diversità del modello familiare e di quello parafamiliare, e quelle processuali [45] quando ha fatto prevalere l'accertamento di una pluralità di opzioni per una tutela del modello parafamiliare. La labilità di quel discrimine sembra tra l'altro provata dalla sent. n. 352/2000, il cui dispositivo va nel senso dell'infondatezza e la cui motivazione si avvicina invece alle pronunce di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

Tornando invece alle due sentenze additive (sentt. nn. 404/1988 e 559/1989), di cui si è detto, è necessario evidenziare come la Corte in entrambi i casi, in cui ha ritenuto irragionevole l'omissione normativa, ha rilevato anche la violazione dell'art. 2 Cost., riconoscendo così un diritto inviolabile ai conviventi, tra l'altro il medesimo, quello sociale all'abitazione. In questa logica il legame intimo tra il divieto di discriminazione e la violazione di un diritto inviolabile, come «specificazione» di quella discriminazione, così come emerge dalla ordinanze di rinvio, lascia il proprio posto nella giurisprudenza costituzionale ad un legame diverso. È infatti il sindacato di ragionevolezza, e non quello sulla violazione del principio di uguaglianza, a divenire strumento di tutela dei diritti inviolabili dei conviventi.

---

*incidentale*» (sent. n. 8/1996); si aprirebbe così «*il problema dell'equiparazione in tutti gli altri numerosi casi di previsioni legislative*, *talora anche* in malam partem» (sent. n. 8/1996).

[44] Nel caso di specie la Corte aveva affrontato il problema della legittimazione all'adozione e in particolar modo quello della fungibilità al triennio postmatrimoniale di un uguale o superiore periodo – anteriore al matrimonio – di convivenza *more uxorio*. La legge n. 149/2001 ha superato tale questione, assimilando alla convivenza post-matrimoniale il periodo durante il quale i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio. In questo caso il legislatore ha raccolto le sollecitazioni della Corte: «*ciò appartiene alla competenza del legislatore*, *cui spetta operare scelte così complesse attraverso una interpretazione combinata di diversi elementi e valori di una società in continua evoluzione*» (sent. n. 281/1994).

[45] Vi sono anche talune pronunce processuali diverse dall'inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore. La Corte con le sentt. nn. 124/1980, e 39/1981 decide nel senso della inammissibilità per irrilevanza, con l'ordinanza n. 161/2002 nel senso della manifesta inammissibilità per irrilevanza, e con l'ordinanza n. 164/2004 nel seno della manifesta inammissibilità per carenza di motivazione sulla rilevanza. Non sembra però che vi sia nella giurisprudenza costituzionale un esasperato rigore processuale, tanto da poter affermare che il Giudice delle leggi non si è sottratto al problema della tutela dei diritti (perlomeno) delle coppie eterosessuali.

Ma dalla giurisprudenza costituzionale può dedursi prevalentemente una definizione «negativa» della sfera di inviolabilità dei diritti nella formazione sociale della convivenza. La Corte infatti nella maggior parte dei casi ha detto quello che non è diritto inviolabile, pronunciandosi così nel senso della infondatezza [46] del dubbio di legittimità sollevato sull'omissione di tale diritto. Così si è espressa per i diritti successori (sent. n. 310/1989), per il diritto all'adozione (sent. n. 287/1994), per i diritti di natura patrimoniale (sent. n. 2/1998), per i diritti in materia pensionistica (sent. n. 461/2000). Inoltre ha ritenuto che esulino dalla copertura dell'art. 2 Cost. le «cause di non punibilità» (ordinanza n. 121/2004).

Quando invece il parametro invocato è stato l'art. 30 Cost., e quindi è stato posto un dubbio di costituzionalità sulla mancata previsione di un diritto dei conviventi, in qualità di genitori naturali, la Corte ha spostato la propria prospettiva facendo prevalere l'interesse costituzionale dei figli naturali sulla tutela della convivenza *tout court*, così che i rapporti tra genitori conviventi e figli le hanno permesso in realtà di «non parlare» dei conviventi [47].

## 4. *Un contributo giurisprudenziale ulteriore: le decisioni rese sugli Statuti regionali*

La Corte con le sentt. nn. 372/2004 e 378/2004 si è pronunciata sulla legittimità costituzionale degli Statuti regionali della Toscana e dell'Umbria impugnati *ex* art. 123 Cost., che, tra le altre cose, prevedono, come si legge all'art. 4, 1° comma, lett. *l*) dello Statuto toscano, il «riconoscimento delle altre forme di convivenza» (in senso analogo l'art. 9, 2° comma, dello Statuto umbro) [48];

---

[46] Corte cost. sentt. nn. 310/1989, 28/1994, 21/1998, 461/2000, ordinanza n. 121/2004.

[47] La Corte cost. con la sent. 203/1997 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, 1° comma, legge n. 943/1986 nella parte in cui non prevede a favore del genitore straniero extracomunitario il diritto al soggiorno in Italia per ricongiungersi al figlio, considerato minore secondo la legislazione italiana, legalmente residente e convivente in Italia con l'altro genitore, anche se non unito al primo in matrimonio. Ma nella motivazione ha avuto premura di dire che il diritto al ricongiungimento familiare «*non concerne il rapporto dei genitori fra di loro*, *bensì il rapporto tra i genitori e il figlio minore*, *in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo*». La stessa prevalenza della tutela della filiazione naturale si apprezza nella sent. 166/1998, di cui si è già detto (v. nota n. 41).

[48] Su queste pronunce v. T. GROPPI, *I nuovi Statuti delle Regioni dopo le sentenze 372*, *378 e 379/2004 della Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.; G. D'ALBERTO, *La Corte dà il via libera allo Statuto della Regione Toscana*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.; M. PEDETTA, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle «forme di convivenza» mettendoli nel limbo*, in *www.forumcostituzionale.it*., A. RUGGERI, *Gli Statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in *www.forumcostituzionale.it*.; A. AN-

da questa giurisprudenza, al di fuori del giudizio incidentale, possono trarsi ulteriori indicazioni.

In questi due giudizi costituzionali vi è evidentemente una inversione della struttura poiché oggetto del sindacato non è una norma statale che omette la tutela dei diritti per le coppie di fatto ma una norma regionale, che, riconoscendo tali modelli alternativi di convivenza, è impugnata dallo Stato. Tra l'altro, alla luce della ampiezza della espressione «forme di convivenza», la Corte per la prima volta si è trovata dinanzi alla problematica della rilevanza giuridica e della tutela delle coppie omosessuali (accanto a quelle eterosessuali).

In realtà tale questione costituzionale è stata decisa facendo riferimento non al valore delle norma in sé ma al suo essere parte del «contenuto eventuale» degli Statuti. Tutte le censure governative sui «principi generali» sono state infatti dichiarate inammissibili poiché «*alle enunciazioni in esame*, *anche se materialmente inserite in un atto fonte*, *non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica*, *collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto*»; enunciazioni «*di carattere non prescrittivo*», che «*esplicano una funzione*, *per così dire*, *di natura culturale o anche politica*, *ma certo non normativa*», non essendo neppure assimilabili «*alle norme programmatiche della Costituzione*» e risolvendosi in una funzione «simbolica» [49].

Per quanto la Corte non abbia ritenuto la tutela delle altre forme di convivenza in contrasto con l'art. 29 Cost. e con l'art. 117, 2° comma, lett. *i)* e *l)*, Cost., che attribuisce «esclusivamente» allo Stato la materia della «cittadinanza, stato civile e anagrafe» e dell'«ordinamento civile», non può negarsi neppure che ne abbia svilito la portata della tutela.

Inoltre attraverso le pronunce di inammissibilità e le relative motivazioni la Corte è riuscita ancora una volta a sottrarsi alla definizione della tutela costituzionale delle coppie omosessuali e in particolar modo alla questione della riconducibilità di quelle sotto la copertura dell'art. 2 Cost., alla stregua di una qualsiasi formazione sociale, qual è la convivenza *more uxorio* tra eterosessuali.

Quello però che «essenzialmente rileva è il fatto che le norme in questione siano rimaste scritte negli Statuti» [50]. Il principio della tutela delle altre forme di convivenza, ossia della convivenza «senza matrimonio», sia omosessuale che eterosessuale, dispiega comunque la propria portata politico-programmatica, divenendo presupposto per una certa «cultura» regionale della tutela dei dirit-

---

ZON, *La Corte condanna all'«inefficacia giuridica» le norme «programmatiche» degli Statuti regionali ordinari*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[49] T. GROPPI, *I nuovi Statuti delle Regioni*, cit.

[50] Così M. PEDETTA, *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle «forme di convivenza» mettendoli nel limbo*, cit.

ti che potrà concretizzarsi in proposte di legge (art. 121, 2° comma, Cost.) [51], nella promozione di referendum abrogativi (art. 75 Cost.) o ancora, nelle materie diverse da quelle previste dall'art. 117, 2° comma, Cost., nell'approvazione di leggi regionali [52] che dispongano «specifiche» [53] forme di tutela [54]. In quest'ultimo caso, se il Governo dovesse impugnare l'atto regionale o se un giudice dovesse sollevare un dubbio di costituzionalità, sarebbe probabilmente difficile per la Corte riuscire ancora una volta a rimanere silente sulla sorte dei diritti degli omosessuali conviventi *more uxorio*.

## 5. *Indicazioni per il legislatore e per i giudici: i principi*

È ora possibile in via induttiva ricostruire un sistema di principi all'interno del quale la Corte si è mossa (e probabilmente continuerà a muoversi) con una certa coerenza, delimitando la propria funzione di tutela della famiglia di fatto alle soglie della discrezionalità del legislatore.

Sembra a questo punto evidente come non esista un problema «discriminatorio» e quindi una irragionevole disparità di trattamento dei conviventi rispetto ai coniugi sul presupposto che la famiglia fondata sul matrimonio non è strutturalmente comparabile alla famiglia di fatto. Non è escluso però che possa prospettarsi una somiglianza circoscritta a taluni profili, così che sia possibile un sindacato sulla ragionevolezza di una certa norma che disponga l'applicazione di una disciplina ai coniugi ma non ai conviventi. Nelle ipotesi in cui tale omissione normativa è apparsa irragionevole, concretizzandosi tra l'altro nella violazione di un diritto inviolabile, la Corte ha potuto colmare tale vuoto attraverso una pronuncia additiva; in caso contrario ha adottato una

---

[51] È un esempio evidente la proposta del Consiglio regionale della Toscana (A.C. 4588, XIV legislatura), recante una «Disciplina delle unioni di fatto». A riguardo v. CAMERA DEI DEPUTATI, *Coppie di fatto*, in *Dossier n. 619*, *XIV legislatura*.

[52] In Spagna 11 Comunità autonome su 17 hanno approvato leggi sulle unioni di fatto, seguendo l'esempio della legge catalana 10/1998, *de uniones estables de pareja*, per quanto la legislazione regionale spagnola si inserisca in un diverso quadro di riparto della funzione legislativa. Sul punto v. CAMERA DEI DEPUTATI, *Le Coppie di fatto (materiali di legislazione comparata)*, in *Dossier n. 102*, *XIV legislatura*.

[53] È evidente che la competenza legislativa per una regolamentazione «generale» del fenomeno della convivenza spetti allo Stato proprio alla luce di quelle norme costituzionali (art. 117, 2° comma, lett. *i)* e *l*), Cost.) fatte valere dal Governo in sede di impugnazione degli Statuti.

[54] Per un'analisi puntuale della legislazione regionale a sostegno della famiglia v. F. CECAMORE, *Le politiche regionali a sostegno della famiglia*, Atti del Convegno svoltosi il 19 maggio 2004 a Pisa, presso la Scuola Superiore S. Anna, sul tema «La garanzia dei diritti sociali tra legislatori e Corte costituzionale» (in corso di pubblicazione).

pronuncia di infondatezza, per quanto caratterizzata da una motivazione più complessa rispetto alle pronunce di infondatezza in cui si è limitata a rilevare (meglio, a ribadire quella è ormai «ovvia constatazione» [55], ossia) la non comparabilità dei due termini e quindi la non sussistenza del presupposto logico per l'accertamento di una violazione del principio di uguaglianza.

Quando invece i potenziali effetti di una pronuncia additiva avrebbero assunto una portata ampia, magari di integrazione dei sistemi codicistici, come per quelle norme che definiscono la nozione di «congiunto», la decisone è stata di natura processuale, nel senso della inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

Dalla valorizzazione dell'art. 3 Cost. non come divieto di discriminazione ma come canone di ragionevolezza si desume così una definizione di due modelli di tutela differenziata, l'una per la famiglia fondata sul matrimonio e l'altra per la convivenza *more uxorio*, la quale non è qualificabile come modello «familiare» ulteriore, ma semplicemente come un modello «parafamiliare», che può somigliare alla famiglia ma ne rimane distinto: l'art. 29 Cost., prospetta un livello «massimo» di tutela («premiale» se letto in combinato disposto con l'art. 31, 1° comma, Cost.) mentre l'art. 2 Cost. un livello «minimo», connaturato ai caratteri «autonomistici» [56] della convivenza *more uxorio*.

Da questo quadro costituzionale emergono delle indicazioni chiare sia per i giudici comuni che per il legislatore. Quanto ai giudici comuni, la Corte costituzionale ha fissato lo spazio di utilizzabilità dell'analogia, affermando che quella somiglianza per aspetti (solo) particolari, di cui si è detto, legittima l'uso dello strumento analogico [57] (sentt. nn. 8/1996 e 461/2000) ma quest'ultimo non può tradursi in una «*inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza*» [58] (sent. n. 166/1998). In questa logica, posto che la diversità strutturale non esclude una somiglianza limitata a taluni aspetti, sembra concretizzarsi un suggestivo «scarto» tra il presupposto del principio di eguaglianza (ossia la comparabilità dei termini, che la Corte ha negato) ed il presupposto dell'analogia (art. 12 disp. prel. c.c.: «casi simili o materie analoghe»), che risiede proprio in quella (possibile) somiglianza per aspetti specifici. Quest'ultima non è infatti qualificabile come «somiglianza relativa». La «somiglianza relativa» è essa stessa presupposta dal principio di

---

[55] Così si esprime la Corte cost. nella ordinanza n. 491/2000.

[56] M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto*, cit., 1475.

[57] La Corte costituzionale afferma nella sent. n. 8/1996 che «*La distinta considerazione costituzionale della convivenza e del rapporto coniugale, come tali, non esclude affatto, tuttavia, la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie*».

[58] Tale sarebbe infatti «l'*imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale*» (sent. n. 166/1998).

eguaglianza, che non è mai «assoluta», visto che si risolverebbe in identità ontologica [59], ma è sempre eguaglianza «relativa». Così, riguardo alla famiglia e alla convivenza *more uxorio*, può parlarsi di «somiglianza relativa ad aspetti particolari», come presupposto dell'analogia, ma non di «somiglianza relativa» *tout court*, come presupposto del principio di eguaglianza.

In realtà l'uso della analogia da parte dei giudici comuni è pensato come strumento transitorio, in attesa di un organico intervento legislativo che disciplini il fenomeno della convivenza. Sin a partire dalla sent. n. 6/1977 la Corte ha costantemente rinnovato gli appelli al legislatore, anche nelle ipotesi in cui si è pronunciata nel senso della infondatezza per le ragioni di diversità strutturale o per la omissione di un diritto «non inviolabile», ribadendo la natura «politica» della scelta tra le diverse forme di tutela: «*la normale presenza di quegli interessi non dovrebbe rimanere senza una tutela per le dette situazioni omesse (…). Sarebbe, quindi, compito del legislatore di valutare, per detti interessi, l'importanza e la diffusione*». In definitiva al di fuori dei casi in cui è utilizzabile l'analogia «*ogni intervento (…) rientra nella sfera di discrezionalità del legislatore*» (ordinanza n. 121/2004), che si rende necessario poiché gli interessi dei conviventi sono «*carenti, allo stato, di tutela positiva*» (sent. n. 237/1986). Tra l'altro le indicazioni giurisprudenziali non si risolvono in una generica sollecitazione per il legislatore ma impongono un certo spirito delle leggi, alla luce del quale non sarebbe ragionevole un'«*impropria rincorsa verso la disciplina del matrimonio*» (sent. n. 8/1996), un «*allineamento generale ed indiscriminato dei due rapporti*» (sent. n. 352/2000).

La giurisprudenza costituzionale suggerisce al legislatore la costruzione normativa di uno «statuto minimo» [60], di un sistema bilanciato di diritti ed evidentemente di doveri, in sintonia con la natura della convivenza *more uxorio*, in cui, come detto, prevalgono la «*libertà di scelta*» (sent. n. 166/1998) e la «*soggettività individuale dei conviventi*» (sent. n. 8/1996); una regolamentazione «leggera» di tale formazione sociale che si informi al discrimine tra il livello di tutela *ex* art. 29 Cost. e quello *ex* art. 2 Cost. In definitiva sembra di poter affermare che la Corte costituzionale, nelle maglie del giudizio incidentale, abbia detto tutto quello che poteva dire riguardo alla tutela della convivenza extramatrimoniale tra eterosessuali.

Non è neppure condivisibile quella critica mossa da una parte della dottrina, secondo la quale la giurisprudenza costituzionale avrebbe privilegiato «la

---

[59] In tal senso v. A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza?*, cit., 12, che distingue tra «eguaglianza assoluta» (o totale) ed «eguaglianza relativa». Nominalisticamente diversa è la categorizzazione di A. CERRI, *Eguaglianza ed egualitarismo*, Roma, 1984, 12, il quale distingue tra identità ed eguaglianza, che «implica due termini non identici in tutto» (ossia un'identità parziale). Sulla problematica anche il classico di N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, Roma, 1978, 14 ss.

[60] R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, cit., 334.

tutela del singolo soggetto a quella del rapporto» [61]. In primo luogo la Corte riconduce in modo univoco la convivenza *more uxorio* sotto la copertura costituzionale dell'art. 2 Cost., in quanto formazione sociale, i cui membri (i conviventi) sono titolari (non soltanto di diritti inviolabili *uti singuli* ma anche) di diritti inviolabili che nascono in seno alla stessa formazione sociale. Tra l'altro non può negarsi che nei rapporti «interni» alla convivenza i diritti dei singoli sono in realtà i diritti della formazione sociale, mentre soltanto nei rapporti «con i terzi» (ossia nei rapporti patrimoniali e nella circolazione giuridica dei beni) emerge il problema della soggettività [62] unitaria della convivenza, che evidentemente esula dalla sfera di inviolabilità (e quindi di incidenza della Corte), essendo invece rimesso alle scelte discrezionali del legislatore, il quale potrebbe disciplinare puntualmente tali profili o, conformemente alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, rimetterli ulteriormente alla autonomia dei privati [63].

Inoltre la preminenza del singolo sul rapporto non può essere neanche argomentata sulla presunta mancanza della «reciprocità» dei diritti e dei doveri, visto che, come già anticipato, il riconoscimento della formazione sociale porta con sé «*conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche*» (sent. n. 237/1986), accanto al bisogno di tutela dei diritti inviolabili. La Corte anche quando afferma che «*la convivenza* more uxorio *è un rapporto di fatto*, *privo (...) della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri*» lo fa in relazione a quelli «*previsti dagli artt. 143*, *144*, *145*, *146*, *147*, *148 c.c.*, *che nascono soltanto*

---

[61] Così si esprime M. CARDUCCI, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale* cit., 1406. In tal senso anche A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 1701, il quale afferma che «si finisce per salvaguardare pur sempre l'interesse del singolo (...) piuttosto che l'interesse dell'aggregazione sociale in sé considerata».

[62] P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, cit., 783 afferma che «la rilevanza del vincolo familiare si manifesta con maggiore evidenza nella disciplina dei doveri e diritti reciproci dei membri della famiglia – nel qual caso l'idea di d'un autonomo e distinto soggetto non è di alcuna utilità –; mentre la possibilità di fare riferimento ad una soggettività della famiglia sembra più fondatamente prospettabile per indicare i rapporti fra i membri della famiglia e i terzi».

[63] Lo stesso legislatore infatti potrebbe valorizzare l'autonomia contrattuale «atipica» *ex* artt. 1322, 2° comma, c.c., che ben si integra con la logica di una regolamentazione «leggera» della convivenza. In questo modo la sfera patrimoniale sarebbe rimessa all'autonomia negoziale, per la quale tra l'altro sono indisponibili le prestazioni personali (*ex* artt. 1321 e 1174, c.c.). In ogni caso sarebbe sindacabile dai giudici comuni la meritevolezza costituzionale degli interessi sottesi agli accordi di convivenza, come emerge anche dalla decisione del *Conseil Constitutionnel* sulla legge che ha introdotto i Patti di solidarietà nell'ordinamento francese, in cui si legge che sarebbe nulla la clausola che disconoscesse l'obbligatorietà del sostegno reciproco. Su tale decisione v. F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e contratto*, cit., 115. In una prospettiva di limitazione dell'autonomia contrattuale alla luce dei principi costituzionali e in particolar modo della tutela dei soggetti più deboli v. G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra conviventi fra obbligazione naturale e contratto*, in *Famiglia e dir.*, 2003, 598 ss. Sulla possibile integrazione di una disciplina legale «minima» con l'autonomia negoziale v. R. TOMMASINI, *La famiglia di fatto*, cit., 480 ss.

*dal matrimonio*» (sent. n. 45/1980), non negando invece la sussistenza di quella reciprocità, seppur meno intensa, secondo la logica «minima» dell'art. 2 Cost.

Tra l'altro la stessa sent. n. 404/1988, con cui si riconosce al convivente il diritto a succedere nella titolarità del contratto di locazione in caso di morte del *partner*, non afferma semplicemente un diritto individuale [64]. È sì vero che il diritto all'abitazione è un diritto dell'individuo ma dell'individuo in seno alla formazione sociale. Quel diritto infatti nasce e trova il proprio fondamento nella convivenza, sul presupposto che il convivente che succede nel contratto è un «residuo» della comunità familiare, e non un soggetto qualunque, un ospite gradito o una collaboratrice domestica [65]; in definitiva il diritto all'abitazione, che la Corte costituzionale innegabilmente attribuisce al «singolo» convivente, non può vivere in realtà al di fuori del «rapporto» di convivenza, a dimostrazione ulteriore di come non sia condivisibile l'affermazione di una primazia del singolo sulla formazione sociale nella giurisprudenza costituzionale [66].

## 6. *La discriminazione delle coppie omosessuali: le «omissioni» della Corte costituzionale*

Posto che la Corte costituzionale «ha detto quello che poteva dire», nel giudizio in via incidentale, sulla tutela della coppie eterosessuali e sulle omissioni del legislatore, è evidente però, come anticipato, che è rimasta silente sul-

[64] Come sostiene R. LENZI, *La famiglia di fatto*, cit., 1806.

[65] Come evidenzia suggestivamente M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà)*, cit., 787, il quale afferma chiaramente che «il convivente *more uxorio* ha titolo alla successione nel contratto, proprio per il suo rapporto con il conduttore, assimilabile per molti versi, negli elementi materiali come in quelli spirituali, a quello coniugale».

[66] Un'ulteriore conferma può riscontrarsi in un'analisi terminologica e lessicale della giurisprudenza costituzionale. La Corte in talune pronunce ha evidenziato l'esistenza oggettiva della convivenza come fatto sociale, affermando infatti che «*la presenza di quegli interessi non dovrebbe rimanere senza tutela per le situazioni omesse*» (sent. n. 6/1977), non potendosi «*ignorare il sempre maggiore rilievo che nel mutamento del costume sociale sta acquistando la convivenza*» (sent. n. 281/1994), e «*la trasformazione della coscienza e dei costumi a cui questa Corte non è indifferente*» (sent. n. 8/1996). Inoltre da una prima fase giurisprudenziale in cui ciò che rileva è soltanto la netta diversità della convivenza rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio (sent. n. 6/1977) e la «*superiore dignità*» di quest'ultima (sent. n. 310/1989), si passa ad una seconda fase (anni '90) in cui si afferma la «*specifica dignità*» di entrambe le figure (sent. n. 8/1996), si valorizza la «*libertà di scelta*» e la «*soggettività*» dei conviventi, come caratteri peculiari del rapporto (sent. n. 166/1998) e non come affermazione di una preminenza del singolo sulla formazione sociale.

la tutela delle coppie omosessuali, non affrontando così la problematica della convivenza «senza matrimonio» nel suo complesso e potendo far parlare in questo caso delle proprie «omissioni» (e non solo di quelle del legislatore).

È rimasto eluso il bisogno di tutela proprio di quelle forme di convivenza, che, diversamente dalla famiglia di fatto eterosessuale, caratterizzata da una natura autonomistica e da una volontà di *degiuridificazione* [67], portano con loro un'esigenza di regolamentazione. Le coppie omosessuali infatti esprimono *potenzialmente* [68] una tensione verso il livello massimo di tutela, ponendo un problema (inverso) di *giuridificazione*, «ulteriore» rispetto al livello dell'art. 2 Cost.

La giurisprudenza costituzionale è rimasta invece ancorata ad una interpretazione letterale della nozione di convivenza *more uxorio*, intesa come convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra individui che si comportano *come se fossero marito e moglie*. Visto infatti che coloro che contraggono matrimonio (marito e moglie) anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo non possono che essere di «sesso biologico diverso» secondo il significato «tradizionale» che assume l'istituzione matrimoniale nella cultura giuridica degli Stati europei [69], allora la Corte costituzionale sembra affermare che possano «comportarsi» come marito e moglie soltanto coloro che possono «essere» tali, ossia un uomo e una donna [70].

---

[67] Di «deregolazione» (come traduzione della *deregulation* di matrice nordamericana o della *deregulierung* di matrice tedesca) parlano A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in E. MOSCATI-A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, 7; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 517.

[68] Tale differenza tra la natura della convivenza eterosessuale e quella della convivenza omosessuale è soltanto *possibile*. Non può escludersi infatti che talune coppie omosessuali, non esprimendo quel bisogno «ulteriore», possano invece somigliare proprio alla famiglia di fatto eterosessuale.

[69] In merito alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo v. R. TOSI, *Sub art. 12*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 369 ss.; E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost*., 2001, 695 ss. In particolar modo non è invocabile da parte delle coppie omosessuali la violazione dell'art. 12 CEDU (diritto al matrimonio), assumendo invece una diversa rilevanza l'art. 8 CEDU, che tutela la vita familiare anche al di fuori dell'istituzione matrimoniale. Sul valore di tale norma v. V. ZENO ZENCOVICH, sub *art. 8*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., 307 ss. Non può negarsi però che l'art. 12 CEDU afferma che il diritto al matrimonio è disciplinato «secondo le leggi nazionali», rinviando così la definizione dell'istituto del matrimonio ai legislatori statali, che potranno discostarsi dalla «*definizione comunemente accolta dagli Stati membri*». In tal senso dispone anche l'art. II-69 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Per un'analisi sistematica di queste norme v. C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in F. GRILLINO-M. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, 113 ss.

[70] A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1947, 3, afferma che è possibile individuare «*una*

È evidente come il giudice costituzionale non abbia nessuno spazio per definire il contenuto del matrimonio, magari legittimando una sua dilatazione rispetto alla nozione «tradizionale», visto che l'art. 29 Cost., limitandosi ad affermare che la Repubblica tutela la famiglia fondata sul matrimonio, opera un «rinvio per presupposizione» [71] al legislatore ordinario. Ma non può negarsi che la Corte avrebbe dovuto valorizzare la copertura costituzionale dell'art. 2 Cost. riconoscendo alle coppie omosessuali la natura di formazione sociale, al pari delle coppie eterosessuali, superando il significato classico di convivenza *more uxorio* e sganciando tale significato dal modello matrimoniale. Tale valorizzazione sarebbe probabilmente una mera esplicitazione di ciò che la giurisprudenza costituzionale ha già affermato sul fenomeno del transessualismo [72].

Infatti la Corte con la sent. n. 161/1985 [73], pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della legge n. 164/1982 che ha riconosciuto ai transessuali la possibilità di rettificare il sesso ad essi attribuito alla nascita, ha affermato chiaramente che l'identità sessuale [74] di un individuo è un profilo della identità personale [75]. La stessa legge n. 164/1982 si «*colloca nell'alveo (…) di una civiltà giuridica in evoluzione*, *sempre più attenta ai valori*, *di libertà e dignità*, *della persona umana*, *che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale*». Da questa giurisprudenza emerge un «*concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato*» in cui assumono rilievo anche «*elementi di carattere psicologico e sociale*», una sorta di «*complesso della personalità*», che necessita

*nozione universale del matrimonio*» su un «*unico presupposto veramente costante*», ossia sulla «*diversità di sesso delle persone che contraggono il vincolo*».

[71] E. ROSSI, *La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia*, in S. PANIZZA-R. ROMBOLI (a cura di), *L'attuazione della Costituzione*, Pisa, 2004, 159.

[72] Sul fenomeno del transessualismo v. R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, *sub art. 5*, in *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1988, 257.

[73] Con tale pronuncia la Corte ha mutato la propria giurisprudenza rispetto a quanto affermato con la sent. n. 98/1979, resa su un dubbio di costituzionalità sollevato su alcune disposizioni dell'ordinamento dello Stato civile (r.d.l. n. 1238/1939), nella parte in cui escludevano il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita ed alla attribuzione del sesso femminile, nell'ipotesi di modificazioni artificiali del sesso attributive di caratteristiche femminili esterne. In quell'occasione si espresse nel senso della infondatezza affermando che il diritto all'identità sessuale non è un diritto inviolabile *ex* art. 2 Cost., poiché «*non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti*». Sulla problematica v. S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, 1179 ss.

[74] A. GIUFFRIDA, *Il diritto alla identità personale e alla liberà sessuale*, in G. GIACOBBE-A. GIUFFRIDA, (a cura di), *Le persone. III: Diritti della personalità*, Torino, 2000, 419 ss.

[75] G. ALPA-G. ANSALDO, *Le persone fisiche. Art. 1-10*, in *Il Codice civile*, Milano, 1996; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; M. BESSONE, *Problemi e questioni del diritto all'identità personale*, in G. ALPA-M. BESSONE-L. BONESCHI, Padova, 1981, 22 ss.; A. CERRI, voce *Identità personale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; A. GIUFFRIDA, *Il diritto alla identità sessuale*, cit., 419 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003.

di un riconoscimento giuridico, come presupposto di riconoscimento sociale, al fine di «*superare l'isolamento*, *l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza*». Se è vero allora che le formazioni sociali sono il luogo «naturale» in cui si sviluppa la personalità degli individui, posto che l'identità sessuale è coessenziale alla sfera della personalità, non si vede come la Corte non abbia riconosciuto alla convivenza omosessuale la natura di formazione sociale e la tutela costituzionale *ex* art. 2 Cost., visto che in questa si realizza principalmente l'identità sessuale. Tra l'alto la stessa Corte costituzionale ha affermato che l'art. 2 Cost. «*non è violato quando (…) sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare*, *nella vita di relazione*, *la propria identità sessuale*» [76] (sent. n. 161/1985).

Inoltre le coppie omosessuali possono avere tutti quegli indici sintomatici la cui sussistenza fa presumere alla giurisprudenza comune l'esistenza di una famiglia di fatto, ossia la stabilità, la comunità affettiva, economica, sessuale, la presenza di una dimora familiare [77]. Sembra così imporsi una necessaria distinzione tra «istituzione» familiare, fondata sul matrimonio, e «funzione» familiare, che si manifesta in seno alla convivenza, intesa come luogo degli affetti, per quanto questa distinzione concettuale prospettata dalla dottrina [78] debba evidentemente essere estesa al di là della mera convivenza eterosessuale.

Alla luce quindi della nozione di convivenza omosessuale come luogo naturale di sviluppo dell'identità sessuale, e più in generale dell'identità personale, e alla luce della nozione di «funzione» familiare, è possibile prospettare un *nucleo essenziale comune* tra le due forme di convivenza «senza matrimonio» e una *comparabilità* dei due termini, sulla base della quale appare evidentemente irragionevole e discriminatorio un trattamento differenziato fondato sull'«orientamento sessuale», in contrasto tra l'altro con l'art. II-81 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che aggiunge esplicitamente tale motivo, come fondamento del divieto di discriminazione, a quelli elencati dall'14 CEDU, in cui invece non vi è traccia dell'orientamento sessuale [79].

Ma anche se fossero colmate queste omissioni giurisprudenziali, la tutela delle coppie omosessuali non risulterebbe comunque sufficiente. Infatti la natura di questa figura di convivenza, tendendo *potenzialmente*, come detto, al

---

[76] La Corte aggiunge che l'identità sessuale è «*da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità*».

[77] Sulla famiglia di fatto come «comunità di vita» v. di M. ASTONE, *Ancora sulla famiglia di fatto*, cit., 1475.

[78] M. BESSONE, sub *art. 29 Cost.*, cit., 34; G. PIEPOLI, *Realtà sociale e modello normativo*, cit., 1439; F. GHIRETTI, *La successione dei figli naturali*, cit., 331.

[79] Sul divieto di discriminazione v. E. CALÒ, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio*, cit., 676 ss.; M. BOVINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio di persone dello stesso sesso in Olanda*, *Familia*, 2002, 423 ss.; C. FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico*, cit., 114 ss.

«diritto» e all'istituzione matrimoniale, tanto da poter somigliare più alla famiglia fondata sul matrimonio che non alla famiglia di fatto [80], afferma un bisogno di tutela, che si pone ben al di là del livello «minimo» *ex* art. 2 Cost. e al di là del *nucleo comune* alla convivenza eterosessuale. Questo bisogno di attribuzione di uno «status», come sistema complesso di diritti e di obblighi, assai diverso da una regolamentazione soltanto «leggera» delle relazioni (para) familiari, rappresenta però il limite dinanzi al quale la Corte deve arrestarsi e oltre il quale vive la discrezionalità politica del legislatore.

Dinanzi a quest'ultimo si aprono probabilmente tre opzioni, che corrispondono a tre diversi modelli affermati in Europa negli anni novanta: a) il *riconoscimento del matrimonio* [81] tra omosessuali, che comporterebbe una dilatazione del modello costituzionale dell'art. 29 Cost. e una estensione del livello «premiale» di tutela; b) l'affermazione di un *istituto equivalente* [82] al matrimo-

[80] In senso contrario si esprime E. ROSSI, *L'Europa e i gay*, in *Quad. cost*., 2000, 404, affermando che la diversità tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali «è data dalla più marcata distanza delle coppie dello stesso dalla famiglia» fondata sul matrimonio; sarebbero invece simili, rispetto ad un diverso profilo, perché entrambe «si caratterizzano quali convivenze tra due persone tra loro legate da vincoli affettivi e non unite in matrimonio». Sembra così prevalere un'analisi «statica» delle tipologie di convivenza che rischia di sacrificare il bisogno di giuridificazione e di tutela dell'identità sessuale nella vita di relazione, che le coppie omosessuali portano con loro.

[81] In Europa l'accesso all'istituto del matrimonio anche per le coppie omosessuali è previsto soltanto in Olanda e Belgio, in cui vi è stata una evoluzione da un regime giuridico più vicino alla logica del «parallelismo» dei modelli scandinavi alla estensione del contenuto del matrimonio. In Olanda, ad esempio, la legge, approvata il 5 luglio 1997, che istituiva le unioni registrate tra omosessuali, nel 2001 è stata affiancata, generando un doppio regime, da una disciplina (legge 1° aprile 2001, n. 6672) che ha modificato l'art. 30 del codice civile, in cui si legge che «un matrimonio può essere contratto da due persone di sesso diverso o dello stesso sesso». Si afferma così la neutralità sessuale del matrimonio e quindi la irrilevanza del sesso dei *nubendi*. Sul tema in particolare v. M. BOVINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari*, cit., 419; G. ADEZATI, *Nuove unioni e nuovi satus*, cit., 205. In senso favorevole alla dilatazione del contenuto del matrimonio anche in Italia si esprime R. BIN, *La famiglia*, cit., 1069. Ulteriori indicazioni possono trarsi da una analisi delle recenti vicende negli USA, su cui v. M. MONTALTI, *Il Matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v Texas*, in *Pol. del dir*., 2004, 687 ss.

[82] Il riconoscimento di un istituto giuridico equivalente è la soluzione delle socialdemocrazie scandinave. La prima legge sulla convivenza omosessuale è quella della Danimarca (1989), a cui si sono ispirate la Norvegia (1993) e la Svezia (1995). Ma in tal seno si sono mosse l'Islanda (1996) ed anche uno Stato dell'Europa continentale come la Germania (2001). La *ratio* comune della c.d. logica del «parallelismo» si concretizza nell'istituzione di una unione simile, ma non eguale al matrimonio, a cui si applica la disciplina del matrimonio, salvo talune limitazioni in materia di filiazione, adozione, inseminazione eterologa (oltre evidentemente alle specialità delle singole leggi nazionali). Su questi modelli v. E. CALÒ, *La pianificazione delle vicende personali*, cit., 115 ss.; R. TORINO, *I nuovi modelli legali di relazioni familiari nei sistemi giuridici europei*, Testo della relazione svolta al seminario di studi su «Patto civile di solidarietà. Una prospettiva europea per le convivenze italiane» (Roma, 14 febbraio 2004).

nio, ma distinto da esso, che nel modello costituzionale italiano individuerebbe una sorta di terza via tra il livello «minimo» *ex* art. 2 Cost. e quello «massimo» *ex* art. 29 Cost.; c) la previsione di uno *strumento contrattuale* [83] (integrato da talune disposizioni di legge), che affermerebbe invece una forma di tutela «leggera».

Lo stesso Parlamento europeo con una risoluzione dell'8 febbraio 1994 «sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità» ha affermato la necessità di «porre fine agli ostacoli frapposti al *matrimonio* di coppie omosessuali (…) ovvero a un *istituto giuridico equivalente*, (…) consentendo la registrazione delle unioni» [84].

Posto che l'estensione dell'istituzione del matrimonio (a) è in realtà rimessa ad una coraggiosa scelta dello Stato nazionale di discostarsi dalla «tradizione comune» e la previsione di una disciplina contrattuale (c), come tutela soltanto «minima», appare non del tutto conforme all'esigenza delle coppie omosessuali, probabilmente il riconoscimento di un istituto equivalente, ma non eguale, al matrimonio (b) rappresenta la via più realistica e opportuna. Questa «logica del parallelismo», propria delle socialdemocrazie scandinave, trova una propria legittimazione nello stesso quadro costituzionale. La *mancanza* di un istituto simile, ma non eguale, al matrimonio, alla luce della natura delle coppie omosessuali, è infatti un ostacolo allo sviluppo della «personalità», così che l'art. 2 Cost., risultando inadeguato a tutelare pienamente le coppie tra persone dello stesso sesso, necessita di una lettura combinata con l'art. 3, 2° comma, Cost., nella parte in cui dispone che la Repubblica rimuove gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e tra questi evidentemente anche quello della mancanza di un istituto equivalente al matrimonio; soltanto la rimozione di quell'ostacolo può rendere effettivamente la forma-

[83] L'esperienza di riferimento è quella della Francia che con la legge 15 novembre 1999 ha modificato il codice civile introducendo i Patti di solidarietà, ossia un contratto concluso tra due persone maggiorenni dello stesso sesso o di sesso diverso, al fine di organizzare la loro vita in comune. Tale normativa prevede la stessa disciplina per le coppie omosessuali e per quelle eterosessuali facendo sorgere dei dubbi di opportunità su questa assimilazione, alla luce della diversa natura delle due tipologie di convivenza. Per un'analisi della normativa francese v. F. PICCALUGA, *Famiglia di fatto e contratto*, cit., 115 ss.; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza*, cit., 163.

[84] Un commento organico alla raccomandazione si trova in P. SCHLESINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, in *Corr. giur.*, 1994, 393 ss. Inoltre il Parlamento europeo con la risoluzione dell'8 aprile del 1997 sul «Rispetto dei diritti dell'uomo nell'Unione europea nel 1995» ha affermato che «il mancato riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso nell'intera Unione rappresenta una discriminazione», tornando sullo stesso argomento nella risoluzione del 17 settembre 1998 sulla «parità di diritti per gli omosessuali nell'Unione europea». È inoltre significativa la raccomandazione dell'Assemblea del Consiglio d'Europa del 26 settembre 2000 sulla «Situation of lesbian and gays» in cui si invitano gli Stati membri «ad adottare una legislazione che preveda le unioni registrate» (ossia le *registered partnerships*).

zione sociale (la convivenza omosessuale) luogo «naturale» di sviluppo della personalità. In questa prospettiva il riconoscimento giuridico di uno «status», come giuridificazione di una condizione personale, non assume valore in sé ma si afferma come presupposto di riconoscimento sociale [85], contrastando «*l'isolamento*, *l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza*», come la Corte ha suggestivamente affermato in riferimento ai transessuali (sent. n. 161/1985).

Per quanto la problematica del riconoscimento di un istituto equivalente appartenga alla sfera di discrezionalità del Parlamento, la giurisprudenza costituzionale potrebbe, anche in questo caso, fornire delle indicazioni, come ha fatto con la sent. 17 luglio 2002 il Giudice costituzionale tedesco, pronunciandosi sulla legittimità della legge che ha introdotto la convivenza registrata tra omosessuali in Germania. La Corte costituzionale tedesca, che è stata chiamata ad esaminare principalmente la violazione della particolare tutela accordata dalla Costituzione al matrimonio (art. 6, 1° comma, GG), ha affermato infatti che da tale «specialità» (simile al livello «premiale» individuabile alla luce dell'art. 29 della Costituzione italiana) può desumersi soltanto che il legislatore non può abrogare il matrimonio e che lo Stato deve promuovere esclusivamente quel modello familiare ma non che il legislatore non può creare, accanto alle disposizioni giuridiche sul matrimonio, *norme di contenuto identico o analogo per altre tipologie di convivenza* [86].

La scelta del legislatore italiano di riconoscere un istituto simile al matrimonio per le coppie omosessuali [87] si porrebbe proprio in quello spazio «politico» esistente tra i due livelli di tutela individuati dalla giurisprudenza costituzionale per le coppie eterosessuali, ossia tra il livello «minimo» *ex* art. 2

---

[85] F. GRILLINI, *Omosessuali e diritti. Il Pacs in Francia e il confronto con la situazione italiana*, in F. GRILLINO-M. MARELLA (a cura di), *Stare insieme*, cit., 2001, 123, pone il problema della «pari diginità sociale». A questo proposito rileva l'art. II-81 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che pone un divieto di discriminazione anche per l'orientamento sessuale, prevedendo ciò che invece non è previsto dall'art. 14 CEDU, in cui l'orientamento sessuale non trova copertura.

[86] Sulla giurisprudenza costituzionale tedesca v. J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania*, cit., 503 ss.; C. CARICATO, La *legge tedesca sulle convivenze «registrate»*, cit., 501 ss.; F.B. D'USSEAUX, *I Partnerschaftsvertrage nella giurisprudenza tedesca*, in F.B. D'USSEAUX-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio*, cit., 2000, 231 ss.

[87] Anche se fosse introdotto un istituto equivalente al matrimonio, sarebbe comunque necessario tutelare quelle coppie omosessuali che vogliono sottrarsi a tale disciplina legale, visto che dovrebbero garantirsi le stesse opzioni attribuite dall'ordinamento alle coppie eterosessuali. In tale logica come le *coppie eterosessuali* potrebbero accedere al matrimonio (1), preferire il regime di famiglia di fatto (2) o rimanere unione libera (3), così le *coppie omosessuali* dovrebbero poter accedere all'istituto equivalente (1), preferire il regime giuridico di famiglia di fatto (2) o rimanere unione libera (3). Sulle «pari opportunità» riguardo alla formalizzazione del rapporto v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, 193.

Cost. e il livello «massimo» (premiale) *ex* art. 29 Cost. (art. 31 Cost.), non dimenticando però che questo rimane un problema «ulteriore», visto che fino ad adesso la giurisprudenza costituzionale non ha riconosciuto alla convivenza omosessuale neppure la dignità di formazione sociale e quindi l'operatività della tutela «minima».

# PROFILI DEL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE NELL'AMBITO DELLA SCUOLA

*di Michele Della Morte*

SOMMARIO: 1. Premessa: il legame tra diritti e organizzazione nella giurisprudenza costituzionale in materia scolastica. – 2. Il divieto di discriminazione dei disabili. – 2.1. Lo *status* giuridico degli insegnanti di religione. – 2.2. Il divieto delle discriminazioni di genere. – 3. Il divieto di discriminazione nella «scuola delle cittadinanze». – 3.1. Il rispetto dell'identità culturale degli studenti e il collegamento con il principio di laicità. – 4. La questione della discriminazione *della* scuola nella giurisprudenza costituzionale. – 5. La libertà di scelta della scuola come garanzia di equità: problemi aperti. – 6. La riduzione delle disuguaglianze educative: cenni sull'esperienza francese delle ZEP (*zones d'éducation prioritaire*).

## 1. *Premessa: il legame tra diritti e organizzazione nella giurisprudenza costituzionale in materia scolastica*

L'idea della scuola «come ideale luogo dove convergono insieme docenti e discenti, con spirito comunitario» percorre implicitamente l'intera architettura costituzionale in tema di istruzione [1]. La concezione di una scuola come *istitu-*

[1] Così G. BERTI, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, V. ed., Padova, 2001, 316. Per una disamina dei possibili approcci costituzionali al tema della scuola cfr. E. BALBONI, *Pensare la scuola sul serio: il pensiero costituzionale di Umberto Pototschnig su insegnamento, istruzione e scuola*, in D. BORGONOVO RE-F. CORTESE (a cura di), *Un diritto per la scuola. Atti del Convegno Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola. Giornata in onore di Umberto Pototschnig*, Trento, 2004, 55 ss. Cfr. poi i «classici» lavori di V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 ss. e di U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 361 ss., al quale si deve la distinzione, non solo terminologica, tra le nozioni di insegnamento, istruzione e appunto, scuola. Nella prospettiva di tale insigne Autore, l'istruzione costituisce il fine o l'obiettivo cui deve tendere l'insegnamento, o meglio, la pluralità degli insegnamenti. La scuola, in tale lettura, rappresenta una organizzazione nell'ambito della quale diversi insegnamenti possono essere coordinati tra loro allo scopo di raggiungere il «risultato comune» di «istruire». Sulla interpretazione delle disposizioni costituzionali dedicate all'insegnamento, alla scuola e all'istruzione la letteratura è peraltro molto vasta. Sulle disposizioni costituzionali dedicate all'istruzione, in particolare cfr.

*zione sociale* autonoma, anche rispetto alla famiglia, si riflette direttamente nelle decisioni del Giudice costituzionale concernenti i diritti dei «soggetti» della scuola, e, indirettamente, negli interventi aventi ad oggetto gli aspetti organizzativi del «gruppo sociale-scuola» [2].

La Corte, difatti, ha chiarito che in ambito scolastico organizzazione e diritti costituiscono «aspetti peculiari della stessa materia, l'una e gli altri implicandosi e condizionandosi reciprocamente. Non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non condizioni l'organizzazione» (Corte cost., sent. n. 383/1998), e, ancora, che «alla erogazione del servizio scolastico sono collegati diritti fondamentali della persona, che fanno capo in primo luogo agli studenti ed alle loro famiglie, ma che riguardano anche il personale docente e le aspettative di questo circa la propria posizione lavorativa» (Corte cost., sent n. 13/2004) [3].

---

poi U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.; V. ATRIPALDI, *Il diritto allo studio*, Napoli, 1974; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto allo studio (voce)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993. Da ultimo cfr. G. CORSO, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in C. MARZUOLI (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, 2003, 44 ss. Per le innovazioni conseguenti alla revisione dell'art.117 Cost. operata dalla legge cost. n. 3, 2001 cfr. P. CARETTI, *Il ruolo della regione in materia di istruzione scolastica e di istruzione e formazione professionale alla luce del nuovo testo del Titolo V della Costituzione: problemi intepretativi e prospettive*, in ID., *Stato, regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del titolo V*, Torino, 2003, 137 ss.

Si noti che inizialmente lo stesso U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola…*, cit., 76, si dimostrò contrario alla visione della scuola come comunità. Secondo lo stesso «il *proprium* della scuola non è tanto il fatto associativo – il legame morale (o giuridico) che si stabilisce tra coloro che vi partecipano – quanto la struttura che la costituisce e che la sostiene, con proprio nome e con proprie finalità». A seguito dell'esperienza dei decreti delegati sugli organi collegiali della scuola della prima metà degli anni '70, G. RAPPEZZO-A. PETRELLA, *Gli organi collegiali della scuola*, Milano, 1992, 14 ss., segnalano però un parziale mutamento di prospettiva dello stesso Autore.

[2] Il nesso tra scuola e società che si riflette nelle decisioni del giudice costituzionale, è del resto stato oggetto di classiche analisi pedagogiche, sociologiche ed economiche, nonché sottoposto a verifica (spesso critica) dalla dottrina costituzionalistica. Cfr. J. DEWEY, *Scuola e società*, Firenze, 1966; T. HUSÉN, *Educazione (voce)*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, 448 ss.; A. SCHIZZEROTTO, voce *Scuola*, in *Enc. sc. soc.*, VII, Roma, 1997, 697; D. CHECCHI, *La diseguaglianza. Istruzione e mercato del lavoro*, Roma-Bari, 1997.

[3] Con la sent. n. 13/2004 la Corte ha chiarito alcuni aspetti del riparto di competenze legislative in materia di istruzione operato dalla riforma dell'art. 117 Cost. per mezzo della legge cost. n. 3/2001, ridefinendo il ruolo delle Regioni nella materia dell'istruzione, e adattando alla fattispecie concreta il principio di continuità, considerato nella sua variante «istituzionale». La sent. n. 13/2004 è stata commentata da P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto delle competenze legislative in materia di istruzione e «raffina» il principio di continuità (nota a Corte cost. n. 13/2004)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, 963 ss., da A. POGGI, *Un altro pezzo del mosaico: una sentenza importante per la definizione del contenuto della competenza legislativa concorrente in materia di istruzione*, consultabile in rete *www.federalismi.it*, e da R. DICKMANN, *La*

Le posizioni assunte nel corso degli anni dalla Corte costituzionale sui diversi aspetti della materia «istruzione» (libertà d'insegnamento, diritto allo studio, organizzazione scolastica, libertà della scuola) possono allora essere ricondotte ad una medesima logica di fondo: quella di indirizzare, controllando, il legislatore, affinché non introduca distinzioni ingiustificate in grado di minare «lo spirito comunitario» proprio della funzione costituzionale della scuola italiana, e garantisca i diritti dei soggetti della comunità scolastica, che non possono essere incisi da scelte irragionevoli o da eventuali lacune dell'organizzazione [4].

## 2. *Il divieto di discriminazione dei disabili*

Quanto appena detto è confermato dalla giurisprudenza costituzionale inerente al divieto di discriminazione per «condizioni personali e sociali», sostanzialmente legato alla garanzia della «pari dignità sociale» in ambito scolastico [5]. Secondo Haberle, del resto, tra «le attività ideali dello Stato costituzionale più trascurate connesse alla dignità umana, occupano il primo posto il compito statale dell'organizzazione scolastica e gli obiettivi educativi che vengono trasmessi attraverso di essa (...)». L'impegno dello Stato nell'organizzazione scolastica «in quanto parte del suo compito culturale generale « è dunque «a-

*Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, consultabile in rete *www.federalismi.it*.

[4] Il legame inscindibile tra i diversi profili richiamati, evidente con riferimento alle pronunce del giudice costituzionale, è implicito nella ricostruzione di G. PITRUZZELLA, *Il pluralismo della scuola e nella scuola*, in R. BIN-C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1996, 215 ss., che richiama le sentenze della Corte cost. nn. 50/1958; 188/1988 in relazione al profilo della libertà della scuola; le sentt. nn. 195/1972 e 240/1974 in tema di libertà d'insegnamento; la sent. n. 36/1982 e l'ordinanza n. 668/1988 in tema di libertà di scelta della scuola. Sulla concezione dell'istruzione come funzione statale e sulla giurisprudenza costituzionale in tema di libertà della scuola cfr. M. GIGANTE, *L'istruzione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato Dir. Amm. – Dir. Amm. Spec.*, I, Milano, 2003, 779 ss. La prima giurisprudenza costituzionale sulle limitazioni funzionali alla libertà d'insegnamento e sulla libertà della scuola (sentt. nn. 114/1957 e 36/1958) è stata commentata da A. M. SANDULLI, *La Corte costituzionale fattore di progresso civile …*, cit., 508 e da C. ESPOSITO, *Contenuto e limiti della libertà di istituire scuole*, (nota a Corte cost., 19 giugno 1958, n. 36), in *Giur. cost*, 1958, 493 ss.

[5] La Corte, in tale decisione, sembra dunque aderire alla tesi della «formulazione allargata del principio di eguaglianza» *ex* art. 3, Cost. La sent. n. 215/1987 è considerata espressione sostanziale del principio di dignità dell'uomo da A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. del dir*., 1991, 343 ss. Sul riconoscimento costituzionale del principio di pari dignità sociale cfr. classicamente G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.

dempimento della dignità umana, poiché anche la dignità umana necessita di essere sviluppata» [6].

Di tale concezione, quasi «pregiuridica» nel senso evidenziato da Barile, costituisce evidente riflesso la sent. n. 215/1987, sul divieto di discriminazione dei disabili nella frequenza della scuola media superiore [7]. In tale ipotesi, la Corte ha riconosciuto che l'art. 34, 1° comma, Cost., identificando in via generale l'istruzione come diritto di tutti e la scuola come «luogo» deputato a garantire a tutti tale diritto, pone un principio tramite il quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, apprestata in via generale dall'art. 2 Cost., trova espressione in riferimento a quella particolare formazione sociale intermedia rappresentata dalla comunità scolastica, deputata, insieme, alla famiglia, a garantire il diritto soggettivo a ricevere un'istruzione [8]. L'art. 2 Cost., è assunto dalla Corte a parametro in uno con il principio di eguaglianza sostanziale *ex* art. 3, 2° comma, Cost., che richiede il superamento delle sperequazioni delle condizioni economiche e sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo della persona umana. Su tale base, la Corte ha precisato che il riferimento ai capaci e ai meritevoli operato dall'art. 34, 3° comma, Cost. non avrebbe potuto implicare l'esclusione dei portatori di handicap dall'accesso all'istruzione superiore, in quanto ciò sarebbe equivalso «a postulare come dato insormontabile una disuguaglianza di fatto rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla».

Emerge dunque, anche sul piano sostanziale, il rilievo attribuito dalla Corte alle esigenze di *socializzazione* collegate all'assolvimento dell'obbligo scolastico da parte dei portatori di handicap, considerate presupposto dello sviluppo

---

[6] Così P. HABERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, 62 ss.

[7] Ancora esemplare risulta l'insegnamento di P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica. Profilo sistematico*, Firenze, 1951, 2 ss., il quale ricordava l'esigenza, per il giurista, di tenere conto del «*pregiuridico* non del metagiuridico, cioè del metafisico». Per l'insigne Autore, infatti, il giurista deve «rendersi conto di tutti gli aspetti del fenomeno che studia» e «deve risalire ai vari modi, forme e processi della formazione del diritto. Quello che talvolta è chiamato pregiuridico, insomma, è viceversa parte integrante del procedimento di formazione del diritto».

[8] La sentenza «sostitutiva» n. 215/1987 con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione dell'art. 118/1971 nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicap, prevede che «Sarà facilitata» anziché disporre che «Sarà assicurata» la frequenza alle scuole medie superiori è stata definita «assai coraggiosa» da R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale …*, cit., 512. Sul diritto sociale allo studio come «diritto a ricevere una istruzione» cfr. A BALDASSARRE, *Diritti sociali (voce)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 9. L'inserimento dei disabili nella scuola dell'obbligo previsto dal legislatore nel 1971 e nel 1977 era teso, secondo la Corte ad «evitare i possibili effetti di segregazione ed isolamento ed i connessi rischi di regressione». Il legislatore, prosegue la Corte «ha concepito le forme di integrazione, sostegno ed assistenza ivi previste come strumenti preordinati ad agevolare non solo l'attuazione del diritto allo studio ma anche la piena formazione della personalità degli alunni handicappati» cfr. Corte cost., sent. n. 215/1987, punto 5 del considerato in diritto.

della personalità [9]. Insieme alle pratiche di cura e di riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia, sia l'accesso che la frequenza della scuola rappresentano, per il Giudice delle leggi, essenziali fattori di recupero del portatore di handicap e di superamento della sua emarginazione «in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità» [10].

Nella sentenza n. 226/2001, però, la Corte è giunta a precisare la funzione autonoma della scuola rispetto alla famiglia, ribadendo, come già prefigurato dal legislatore, che la frequenza nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado costituisce lo strumento fondamentale per lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata, funzionali all'apprendimento, alla comunicazione, alle relazioni e alla socializzazione» (legge 5 febbraio 1992, n. 104, Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione dei diritti delle persone handicappate).

Secondo la Corte, infatti «l'apprendimento privato o familiare (...) non può (...) ritenersi equivalente alla istruzione ricevuta con la frequenza delle classi scolastiche, poiché il diritto all'istruzione delle persone handicappate deve intendersi in senso estensivo, essendo finalizzato al raggiungimento degli obiettivi propri di ciascun ordine e grado di scuola ma nell'ambito di quelli perseguiti attraverso la integrazione scolastica» (Corte cost., sent. n. 226/2001) [11].

---

[9] Sulle nozioni di «scolarizzazione», «socializzazione» e «socializzazione scolastica» cfr. A. SCHIZZEROTTO, voce *Scuola*, 697 ss.; WR. HEINZ, voce *Socializzazione*, in *Enc. sc. soc.*, VIII, Roma, 1998, 80 ss. il quale peraltro segnala che la nozione di socializzazione «sottolinea come lo sviluppo della personalità non sia determinato univocamente né da fattori genetici né da fattori ambientali, bensì dall'interscambio dinamico e contingente tra individuo e ambiente».

[10] Nella precedente sent. n. 52/1985 la Corte costituzionale (punto 5 del Considerato in diritto) aveva del resto chiarito il significato della locuzione «portatori di handicap». Per il Giudice delle leggi «il legislatore è stato solito adoperare quanto alle minorazioni di natura psichica (così testualmente, l'art. 4, legge 6 agosto 1966, n. 625, recante – già – provvidenze a favore degli invalidi civili terminologie e definizioni diverse e al certo generiche, quali quella di irregolari psichici (legge n. 118/1971), locuzione già di per sé indistinta, come rilevato pure dalla Corte di Cassazione; ovvero, addirittura, di portatori di handicap (legge 4 agosto 1977, n. 517, art. 7, relativo alla attività scolastica di integrazione allo studio per i soggetti così definiti). Ed è noto come siffatto ultimo non indigeno termine, nei suoi valori semantici (accolti ormai universalmente nell'idioma nostrano) prima ancora che nella identificazione medico-legale, stia a rivelare una situazione di svantaggio, e quindi di inferiorità, determinata da deficienze, congenite o acquisite, fisiche o psichiche (ovvero d'entrambe le insorgenze), con la derivata incapacità a livello della persona e le conseguenti implicazioni individuali, familiari, sociali».

[11] La Corte, nel caso di specie, ha anche ricordato l'evoluzione della legislazione ordinaria in materia e segnatamente, in relazione all'assolvimento dell'obbligo scolastico, le disposizioni del d.lgs. n. 297/1994) volte ad agevolare l'accesso degli alunni handicappati all'istruzione. Tra queste, in particolare, quella che differisce il limite di età entro il quale viene completata la

Tale posizione è stata ribadita dal Consiglio di Stato in sede consultiva, che, nel parere n. 348/1991 ha confermato, se mai ve ne fosse stato bisogno, il rilievo dello sviluppo dell'identità personale attraverso la scuola. Per il giudice amministrativo, inoltre, «l'interesse del soggetto svantaggiato ad uno sviluppo armonico della propria personalità ed al superamento della propria condizione di svantaggio deve essere considerata prevalente rispetto a supposti interessi confliggenti, ad esempio di natura organizzativa, della comunità scolastica. In effetti, tali interessi confliggenti avrebbero per presupposto una certa gerarchia dei fini del sistema scolastico pubblico: se la promozione o lo sviluppo dei soggetti portatori di handicap costituissero, per il sistema scolastico, fini secondari, sarebbe concepibile che essi venissero perseguiti nei limiti in ciò fosse compatibile con altri fini, supposti primari (...). Ma se si ritiene, in conformità con la Costituzione, che non vi è graduazione di dignità e d'importanza fra le persone e che anzi lo sviluppo di chi è meno dotato è uno dei fini primari dello Stato (art. 3 Cost.), è giocoforza concludere che non è prospettabile alcuna gerarchia d'interessi e che il sistema scolastico deve occuparsi della promozione e dello sviluppo degli svantaggiati, tanto quanto se ne occupa per i normodotati».

Proprio tale principio, peraltro, secondo lo stesso Consiglio di Stato, ha ricadute importanti ai fini della valutazione, nella misura in cui la stessa, intesa come «verifica dei risultati da parte dell'equipe dei docenti» rappresenti occasione di stimolo e d'impegno, assumendo valore positivo dal punto di vista dell'educazione e della formazione degli alunni in stato di handicap psichico e fisico. La valutazione, in quanto diritto collegato alla frequenza, deve comunque avere luogo «anche per il singolo portatore di handicap; e subordinatamente alla stessa condizione sono accettabili anche talune sue possibili conseguenze, come il rinvio ad esami di riparazione o la ripetizione della classe. Quando invece l'esito della valutazione si risolve in una interruzione dell'iter formativo, o comunque in una *discriminazione* del soggetto, con effetti negativi per la sua personalità, la valutazione, benché non assente, deve assumere carattere peculiare e dare luogo ad esiti altrettanto peculiari. In altre parole la scelta nella gamma delle diverse possibili forme di valutazione, e dei provvedimenti consequenziali, deve essere operata, *in ogni caso* (corsivo nostro), alla luce dell'interesse e dello sviluppo della persona» [12].

---

scuola dell'obbligo, consentendo tale completamento anche fino al compimento del diciottesimo anno di età. La scuola dell'obbligo, che ordinariamente deve essere frequentata e completata tra i sei e i quattordici anni, con il limite massimo dei quindici anni, previsto dall'art. 112, può essere quindi completata dagli alunni in situazioni di handicap anche sino al raggiungimento del diciottesimo anno di età.

[12] Il «diritto» alla valutazione è ribadito anche dall'ordinanza ministeriale 23 maggio 2002, n. 56 (art. 15).

Il legame tra organizzazione e diritti, individuato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 383/1998, viene dunque pienamente confermato, dal momento che l'inserimento scolastico dei portatori di handicap viene fatto dipendere, sul piano dell'effettività, dall'efficienza organizzativa e dall'efficacia del coordinamento tra i diversi soggetti ed enti nel quadro generale dei principi costituzionali e di quelli introdotti dalla legislazione nazionale. Sia per il Giudice delle leggi che per il giudice amministrativo, insomma, il superamento di un modello universalistico di protezione dei diritti non può implicare alcuna discriminazione né, in aderenza ad un principio di dignità sociale «sostanziale», è ipotizzabile che un soggetto *debole* perché *vulnerabile* (nel caso considerato, un portatore di handicap) possa, una volta che la legge ne abbia riconosciuto i diritti, essere leso nella propria impegnativa opera di socializzazione da lacune dell'organizzazione.

### 2.1. *Lo* status *giuridico degli insegnanti di religione*

Il divieto di irragionevoli distinzioni in ambito scolastico non è stato considerato dalla Corte solo in relazione alla tutela dei discenti, essendo emersa, nel corso degli anni, un'attenzione specifica anche alla questione delle differenze interne al corpo docente. A ciò si aggiunga che se a seguito dell'intervento della Corte nel celebre caso «Cordero» (Corte cost., sent. n. 195/1972), si è statuito che la libertà di insegnamento del singolo docente può subire, nel sistema d'istruzione non statale, indirette limitazioni in ragione delle particolari finalità della scuola (o dell'Università), altri profili problematici inerenti al *diritto di insegnare* sono stati considerati, dal Giudice costituzionale anche in relazione al solo sistema di istruzione statale [13]. Al riguardo la disciplina dello *status* giuridico dell'insegnante di religione, snodo essenziale delle trattative tra Stato e Santa sede in occasione della revisione del Concordato rappresenta, come segnalato dalla dottrina, una tradizionale questione problematica [14].

Con la legge n. 121/1985 si era infatti stabilito che l'insegnamento (opzionale) della religione cattolica nelle scuole statali sarebbe stato appannaggio di personale professionalmente qualificato, previo giudizio di idoneità (*nulla osta*) emanato dall'autorità ecclesiastica competente. Lo stesso Ordinario dioce-

---

[13] Cfr. V. COCOZZA, *Libertà d'insegnamento e art. 38 del Concordato*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1972, 744.

[14] Cfr. G. CIMBALO, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il concordato tradito*, in *Quad. dir. Pol. eccl.*, n. 1, 2004, 143 ss. Sulla questione dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole cfr. anche l'opinione espressa da U. POTOTSCHNIG, *L'insegnamento della religione nella scuola secondaria superiore,. Aspetti giuridici e politici*, in D. BORGONOVO RE-F. CORTESE (a cura di), *Un diritto per la scuola*, 177 ss.

sano, insindacabilmente, avrebbe potuto altresì revocare il *nulla osta*, così privando, sostanzialmente, il docente del diritto d'insegnare [15]. Ciò detto la Corte, con sent. n. 390/1999, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia – sezione staccata di Catania, sulla disposizione che prevede l'efficacia annuale della nomina dell'insegnamento di religione cattolica, escludendo, in tal modo, l'inserimento degli insegnanti stessi nei ruoli del personale docente [16]. La stessa, ad avviso del giudice remittente, avrebbe discriminato (ai sensi dell'art. 3, 1° comma, Cost.) gli insegnanti di religione, i quali, pur facendo stabilmente parte della componente docente negli organi scolastici, con gli stessi diritti e doveri degli altri docenti, non avrebbero potuto godere della condizione giuridica della stabilità, a sua volta ritenuto requisito imprescindibile per assicurare sia l'effettività del diritto al lavoro che lo stesso principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione, che richiede non solo la preparazione dell'insegnante, ma anche l'esperienza e la continuità didattica, che si conseguono prestando servizio nella stessa sede; mentre l'annualità dell'incarico determinerebbe un disagio personale e familiare dell'insegnante, che si ripercuoterebbe sul suo rendimento e, in definitiva, sul buon andamento del servizio. Secondo il Tribunale amministrativo, inoltre, la lesione del principio di eguaglianza avrebbe potuto desumersi comparando la condizione degli insegnanti di religione rispetto a quella dei docenti di altre discipline, sul presupposto che solo per i primi, nell'ambito del personale docente della scuola, sarebbe valso il principio dell'annualità dell'incarico. Il Giudice delle leggi, nel caso considerato, ha però ritenuto non discriminatoria la disciplina regolante l'insegnamento della religione cattolica, valutando il conferimento per incarico annuale assimilabile alle assunzioni a tempo determinato, pure previste dalla

[15] Cfr. G. CIMBALO, *op. cit.*, 159 ss. (nota 46) ricorda che la regolamentazione dell'insegnamento della religione cattolica ha costituito oggetto di una successiva intesa tra la Conferenza episcopale italiana e il Ministero della Pubblica Istruzione, dal momento che la questione dello status giuridico dell'insegnante di religione non aveva trovato soluzione in sede di trattativa, v. d.p.r. n. 751/1985 «Esecuzione dell'intesa tra autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche» a sua volta modificato dall'intesa allegata al d.p.r. n. 202/1990. In argomento cfr. anche A. GIANNI, *Lo Stato giuridico degli insegnanti di religione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 1998.

[16] Le disposizioni impugnate erano gli artt. 5, 1° comma, e 6 della legge 5 giugno 1930, n. 824 (Insegnamento religioso negli istituti medi d'istruzione classica, scientifica, magistrale, tecnica ed artistica), la legge 25 marzo 1985, n. 121 (Ratifica ed esecuzione dell'Accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede), nella parte in cui dà esecuzione all'art. 9, n. 2, di tale Accordo, l'art. 309, 2° comma, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado).

disciplina scolastica [17]. L'incarico, infatti, doveva intendersi tacitamente confermato nel caso di permanenza delle condizioni e dei requisiti prescritti dall'intesa, e, pertanto, assimilato *pleno iure* al rapporto di lavoro a tempo indeterminato, almeno sotto il profilo delle progressioni economiche e di carriera (art. 53, legge 11 luglio 1980, n. 312). La scelta dell'incarico quale strumento di provvista di questo personale docente – pur essendo, a detta della Corte, sempre possibili soluzioni diverse rimesse, nel rispetto degli impegni concordatari, alla discrezionalità del legislatore – non si manifesta, quindi, arbitraria o palesemente irragionevole «anche in relazione alle peculiarità di questo insegnamento, che hanno già portato a ritenere non fondata una questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata partecipazione degli insegnanti di religione a sessioni di abilitazione ed a concorsi riservati» (sent. n. 343/1999) [18].

In ragione dei principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale, ma, soprattutto, in forza delle argomentazioni sviluppate dalla dottrina, che ha segnalato come la mancata immissione in ruolo di cui all'intesa del 1985 conclusa tra Ministero della pubblica istruzione e Conferenza episcopale italiana fosse dovuta anche all'esigenza di evitare una connotazione «istituzionale» dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche, risulta alquanto difficile cogliere la *ratio* retrostante il recente provvedimento legislativo sull'immissione in ruolo degli insegnanti di religione cattolica nei cicli previsti dall'ordinamento scolastico [19]. La riforma infatti (legge 18 luglio 2003, n. 186), giudicata

---

[17] Sono richiamati gli artt. 18 e 47 del CCLN del comparto del personale della scuola di cui al provv. p.c.m. del 21 luglio 1995.

[18] Sulla natura precaria del rapporto di lavoro degli insegnanti di religione cattolica cfr. però la giurisprudenza amministrativa richiamata in G. CIMBALO, *op. cit.*, 161, nota 51, e in particolare, TAR Campania, sez. II, 1° marzo 1995, n. 141, riportata in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 1996, 7 ss.

[19] G. CIMBALO, *op. cit.*, 164. L'Autore ricorda che «l'iniziativa per dare un nuovo *status* giuridico agli insegnanti di religione, immettendoli nei ruoli del personale assunto a tempo indeterminato, parte dalle regioni», con riferimento specifico alle leggi approvate dalla Provincia autonoma di Trento (L.P. 6 marzo 2001, Disposizioni sullo stato giuridico del personale docente ed ispettivo della Scuola) e di Bolzano (L.P. 14 dicembre 1998, n. 12, Disposizioni relative agli insegnanti e ispettori per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole elementari e secondarie nonché disposizioni relative allo stato giuridico del personale insegnante. È anche segnalato che «l'approvazione di queste norme è resa possibile dalla particolare natura dell'autonomia regionale che consente al legislatore Provinciale di intervenire in questa materia nonché delle disposizioni concordatarie relative all'insegnamento della religione nelle regioni di confine». I precedenti delle leggi provinciali delle Province autonome di Trento e Bolzano sono ricordati anche da A. GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, in *Quad. Dir. pol. eccl.*, n. 2, 2004, 381 ss. A parere di quest'ultimo Autore «il nuovo ruolo dell'insegnante di religione riflette così la configurazione assunta dall'insegnamento della religione cattolica a seguito della riforma concordataria (...) In questa prospettiva anche il docente di religione cattolica si inserisce nel quadro del servizio pubblico rappresentato dalla scuola, rendendo più compiuto e più vincolante il quadro organico dell'insegnamento della religione cattolica». Al

positivamente da parte della dottrina, in quanto incidente sul carattere catechistico dell'insegnamento della religione cattolica «che non può essere né impostato teoreticamente, né svolto praticamente come una forma di iniziazione alla fede» non risolve certo tutte le questioni legate alla disciplina degli insegnanti di religione, che, serba, anche sul piano sociale, tutta la sua problematicità [20].

Ciò è desumibile, da ultimo, dalla controversa posizione assunta dalla Suprema Corte di Cassazione in merito alla possibilità di revoca, da parte dell'ordinario diocesano, dell'idoneità ad una insegnante di religione cattolica, perché nubile e in stato di gravidanza (Cass., sez. lav., n. 2803/2003). La Suprema Corte ha qualificato come «totale e assoluta l'impossibilità della prestazione lavorativa dell'insegnante di religione cui sia stata revocata l'idoneità», considerando la discriminazione denunciata dalla ricorrente come la «semplice necessaria, conseguenza» degli aspetti fortemente derogatori dello stato giuridico degli insegnanti di religione introdotti dalla disciplina di derivazione patrizia», che, da soli, giustificano i riflessi negativi sui livelli di tutela della maternità [21].

---

riguardo cfr. l'intesa sottoscritta in data 26 maggio 2004 tra Ministero dell'Istruzione e Conferenza episcopale italiana circa gli obiettivi specifici di apprendimento dell'IRC nell'ambito del sistema nazionale di istruzione da inserire nelle «Indicazioni nazionali per i piani personalizzati nella scuola secondaria di primo grado» che, nell'ottica della riforma, esplicitano i livelli essenziali delle prestazioni cui tutte le scuole secondarie di primo grado sono tenute per garantire il diritto personale, sociale e civile all'istruzione e alla formazione di qualità . Gli obiettivi tengono conto del «programma di insegnamento della religione cattolica» in vigore dal 1987, della sperimentazione attivata dalla CEI negli anni 1998-2000, del «profilo educativo, culturale e professionale dello studente alla fine del primo ciclo di istruzione (6-14 anni) e degli obiettivi specifici di apprendimento delle altre discipline. Tale intesa, che fa seguito all'analoga intesa sottoscritta il 28 ottobre 2003, dà attuazione a quanto contenuto nell'accordo di revisione del Concordato lateranense del 18 febbraio 1984 e completa l'adeguamento dell'IRC ai nuovi ordinamenti scolastici concernenti il primo ciclo. È interessante segnalare, come ricordato in dottrina, che la condizione dell'efficacia annuale della nomina dell'insegnante di religione cattolica, connessa al riconoscimento dell'idoneità, era stata difesa in sede di trattativa dalla delegazione trattante di parte italiana, secondo la quale «un insegnante *ruolizzato* avrebbe rafforzato la natura curriculare e istituzionale dell'insegnamento. Si ritenne perciò conveniente sostenere le posizioni ecclesiastiche in relazione all'idoneità, per mantenere immutata la disciplina relativa al reclutamento, alla natura del rapporto di lavoro, alla partecipazione agli scrutini, in deroga alla normativa generale che regola l'attività di insegnamento nella scuola pubblica» cfr. G. CIMBALO, *op. cit.*, 161. Le prime immissioni in ruolo per i vincitori di concorso sono state autorizzate dal d.p.r. 22 dicembre 2004, in *G.U.*, 1° marzo 2005, n. 49.

[20] Secondo A. GIANNI, *La legge sul ruolo …*, cit., 394, l'inserimento in ruolo degli insegnanti di religione cattolica è in grado di dotare di «maggior forza anche il carattere e la destinazione generale del divieto di discriminazione degli studenti, che, se da una parte è rivolto all'ordinamento e alle autorità scolastiche, dall'altra parte, vale anche nei confronti dell'IDR fondendosi nel quadro organico dei limiti che il legislatore patrizio ha posto all'esercizio dell'IRC, e quindi, all'azione dell'insegnante».

[21] A giudizio della Corte di Cassazione la revoca dell'idoneità precedentemente accordata

Il ragionamento condotto dalla Cassazione, in effetti, rivela le molte incongruenze ancora collegate alla disciplina dell'insegnamento confessionale, che appare, sotto diversi aspetti, fortemente contraddittoria rispetto ad altri valori costituzionalmente garantiti. Il fatto che alcuni tra questi, tra i quali, ad esempio, la tutela della maternità, siano peraltro oggetto di rapida e continua evoluzione nel corso degli anni, dovrebbe far riflettere circa l'opportunità di sottoporre a verifica la stessa disciplina pattizia, al fine di trovare soluzioni più adeguate alla mutata realtà sociale e, al tempo stesso, più coerenti con gli espliciti divieti di discriminazione sulla base delle condizioni personali introdotti dal legislatore nel corso degli anni (d.lgs. n. 151/2001 «Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), e con la stessa distribuzione degli insegnanti, dal momento che alcune stime dimostrano come sia sempre più diffusa la presenza di laici, e, tra questi, come sempre più estesa sia la componente femminile, addirittura maggioritaria [22].

## 2.2. *Il divieto delle discriminazioni di genere*

Quanto appena detto assume rilievo anche in riferimento alla valenza del generale divieto di discriminare, in ambito scolastico, per motivi legati al «genere» (*gender-based discrimination*), nozione tramite la quale, come è noto, si è cercato di riconoscere prima, e superare poi, le problematiche legate alle condizioni politiche e sociali della donna. Ciò sul presupposto, come osservato da

---

implica che la prestazione oggetto del contratto assumi natura impossibile, con il conseguente venir meno della causa stessa del contratto, e la conseguente risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1463 c.c., che non potrebbe essere lasciato in vita neanche in virtù di una manifestazione in tal senso proveniente dalle parti. La fattispecie, cioè, non configura una ipotesi di licenziamento, e inapplicabile risulta l'applicazione della normativa a tutela delle lavoratrici madri di cui alla legge n. 1024/1971, che prevede il divieto di licenziamento della lavoratrice per tutto il periodo della gestazione e dell'astensione obbligatoria dal lavoro.

[22] L'art. 3 della d.lgs. n. 151/2001 «Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità» adottato in virtù della delega di cui alla legge n. 53/2000 (in parte modificato dal d.lgs. n. 115/2003, in *G.U.* 27 maggio 2003, n. 121), sancisce che è vietata qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro, *indipendentemente dalle modalità di assunzione* (corsivo nostro) e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, attuata attraverso il riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, secondo quanto previsto dal 1° comma, dell'art. 1, legge 9 dicembre 1977, n. 903». Sul piano empirico l'incoerenza si rileva dalla stessa distribuzione degli insegnanti di religione nella scuola, dal momento che alcune stime dimostrano come sia sempre più diffusa la presenza di laici, e tra questi, come sempre più estesa sia la componente femminile, addirittura maggioritaria. In argomento cfr. A. PISCI, *Gli insegnanti di religione cattolica:lo status giuridico*, consultabile in rete *www.olir.it*.

autorevole dottrina, che occorra criticare le «catégories que fondent les pratiques» e, dunque, discutere le strutture giuridiche e sociali che ancora sostengono la dipendenza femminile [23].

Pur non avendo mai affrontato compiutamente il problema delle discriminazioni di genere in relazione specifica all'ambito scolastico in un caso isolato, oggetto della sent. n. 173/1983, la Corte ha utilizzato espressamente il divieto costituzionale di discriminazione in base al sesso *ex* art. 3, 1° comma, Cost., che, naturalmente, opera in maniera bi-direzionale anche nel settore dell'insegnamento [24]. La Corte costituzionale, in tale ipotesi, ha ritenuto irragionevoli ai sensi degli artt. 3 e 34 Cost. (in quanto prive di effettiva giustificazione) le previsioni normative che negavano ai docenti di sesso maschile la possibilità di insegnare nelle scuole magistrali e, al contempo, quelle che impedivano agli studenti maschi l'accesso e la frequenza a tale tipo di scuole. A giudizio della Corte «ingiustificata, in primo luogo è l'esclusione degli allievi maschi dalla frequenza delle scuole magistrali, giacché non può certo presumersi che alcun discente sia, in funzione del sesso, inidoneo all'ordine o al tipo di studi qui considerato. La norma che determina la censurata discriminazione configge quindi con il principio di eguaglianza, prima ancora che con il precetto dell'art. 34 Cost., in forza del quale la scuola è aperta a tutti» (Corte cost., sent. n. 173/1983). È necessario precisare, tuttavia, che nell'attuale fase evolutiva delle relazioni culturali e sociali interindividuali, la questione delle «discriminazioni di genere» non può essere confinata a «casi di scuola», prestandosi ad osservazioni più generali, anche in ragione delle innovazioni provenienti dall'ordinamento comunitario e delle conclusioni raggiunte dall'OCSE che dimostrano come il problema delle discriminazioni tra uomini e donne nel campo educa-

---

[23] Cfr. A. TOURAINE, *Un noveau paradigme. Pour comprendre le mond d'aujourd'hui*, Paris, 2005, 307, il quale, tra le altre cose, analizza la distinzione semantica e politica tra le nozioni di sesso, genere e sessualità. Negli Stati Uniti, come è noto, ogni distinzione fondata sulla nozione di «genere» deve, come stabilito dalla Corte suprema americana fin dai primi anni '70, essere oggetto di uno «stretto scrutinio», richiedendo «an exceedingly persuasive justification for the governement action». Cfr. UNITED STATES V. VIRGINIA, 518 U.S. (1996). La connessione tra *racism e sexism* nell'eperienza statunitense è stata analizzata da R. WASSERTROM, *Racism and sexism*, in *Philosophy and social issues*, 1980, 23 ss. L'esigenza di utilizzare un «close judicial scrutiny» per valutare le discriminazioni basate sul genere è stata manifestata, tra gli altri, da J.H. ELY, *Faciliting the representation of minorities*, in *Democracy and distrust*, 1980, 164 ss. Il genere, peraltro, rientra tra le cause identificate dall'UNICEF come caratterizzanti la discriminazione e l'esclusione sociale in ambito scolastico come risulta dal programma scuola per l'anno 2004-2005 intitolato «Nessuno escluso. Contro ogni forma di discriminazione per una gestione pacifica dei conflitti».

[24] Le diverse fasi della giurisprudenza costituzionale in merito alla portata generale del principio di non discriminazione per ragioni legate al sesso sono state analizzate da A. CERRI, *op. cit.*, 6. Si segnalano le sentt. nn. 12/1960, 144/1967, 133/1970, 30/1983; 137/1986, 210/1986, 246/1987. Sulle discriminazioni di «genere» cfr. anche la direttiva CE n. 73/2002, finalizzata all'introduzione di misure tese ad intensificare il principio della parità tra uomini e donne in ambito lavorativo.

tivo assuma, in epoca contemporanea, rilevanza mondiale [25]. È stato infatti chiarito che discriminazioni di genere nel settore dell'istruzione, in grado di incidere sulla «qualità dell'istruzione», possono essere originate tanto da cause «forti», connesse all'elusione del generale divieto di molestie (criterio soggettivo), quanto da fattori solo apparentemente «deboli», relativi, ad esempio, alla presenza di un ambiente umiliante, ostile o offensivo per ragioni legate ad una concezione distorta della sessualità o allo scarso rispetto dei diritti relazionali (criterio ambientale) [26]. Tali argomenti sono stati considerati con più attenzione di recente anche in Italia, come dimostra il fatto che il legislatore nella legge 10 aprile 1991, n. 125 (Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro) ha chiarito che tra gli obiettivi delle azioni positive introdotte figura quello di «eliminare le disparità di fatto cui le donne sono oggetto nella *formazione scolastica* e professionale (...) (art. 2 lett. *a*), legge n. 125/1991) » [27]. Ancora più di recente, la riduzione delle discriminazioni indirette di genere è stata individuata quale preciso obiettivo per l'azione legislativa di riforma. Nella relazione finale predisposta dalla Commissione di nomina ministeriale che ha operato durante la XIII legislatura (meglio nota come «Commissione dei 44 saggi») con l'obiettivo di individuare i principi informatori di un futuro percorso di riforma della scuola italiana si legge infatti che «è necessario operare un serio riconoscimento della profonda mancanza di obiettività riguardo al «genere» nella maggior parte del materiale attualmente in uso nelle scuole italiane: il fatto che più ragazze che ragazzi perseguano attualmente la loro istruzione non significa affatto che sia stata eliminata la parzialità riguardo alla posizione preminente del soggetto maschile nel materiale scolastico e in parte delle attività didattiche. Un analogo atteggiamento dovrebbe essere esercitato tutte le volte che volontariamente o no, emergono pratiche e culture di discriminazione nei confronti delle diversità umane» [28].

---

[25] Sul fenomeno della tutela comunitaria alle discriminazioni di genere anche in relazione al sistema italiano di *welfare* cfr. F. AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Lav. e dir.*, n. 1, 2003, 140 ss.; D. GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, nn. 3-4, 2003, 447 ss.

[26] La stessa OCSE, Analisi delle politiche educative – 2003, nota di sintesi, consultabile in rete *www.oecd.org*, ha dichiarato che «migliorare la qualità del sistema educativo è l'obiettivo chiave dei Paesi dell'OCSE» e che, al proposito «offrire pari opportunità a diverse categorie di studenti è un punto cardine delle politiche educative dei Paesi dell'OCSE». Per la relazione tra diritti relazionali e prospettiva di genere cfr. A. LORETONI, *Stato di diritto e differenza di genere*, in P. COSTA-D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Milano, 2002, 406 ss.

[27] Sulla configurazione costituzionale della categoria delle «azioni positive» cfr. M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 596 ss.; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale.Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

[28] Cfr. *Ministero della pubblica istruzione – Le conoscenze fondamentali per l'apprendimento dei giovani della scuola italiana dei prossimi decenni. I materiali della Commissione dei saggi*

## 3. *Il divieto di discriminazione nella «scuola delle cittadinanze»*

Irragionevoli distinzioni tra i soggetti titolari del diritto sociale e civico a ricevere una istruzione possono ancora essere originate, anche solo indirettamente, dall'introduzione di misure che non tengano in debito conto l'origine etnica e culturale degli studenti [29]. La sempre più rapida apertura del sistema scolastico agli alunni stranieri implica, infatti, di valutare complessivamente il senso del divieto di differenziazioni in base alla razza di cui all'art. 3, 1° comma, Cost., che «non ricevendo deroghe di sorta nel seguito del testo costituzionale determina un limite assoluto delle funzioni normativa, esecutiva e giudiziaria e indirettamente – quale fattore dell'ordine pubblico – dell'autonomia privata» [30].

Tale complessa problematica, peraltro, non va indagata con riferimento esclusivo alle «azioni positive» inerenti all'accesso e alla frequenza al sistema scolastico, che diverso peso hanno assunto, ad esempio, nel dibattito costituzionalistico americano, quanto, piuttosto, verificando in che modo le attuali politiche di riforma intendano le trasformazioni che stanno interessando il sistema scolastico [31]. In tale campo, infatti, anche presumendo una particolare

---

(pres.ne di L. BERLINGUER-R. MARAGLIANO), Firenze, 1996, 135. Tale approccio, peraltro, non è tipico del solo caso italiano, potendosi estendere a molte altre realtà mondiali cfr. UNICEF – *Quality education and gender equality*, agosto 2004, rapporto presentato durante l'International Conference on Education – Forty seventh session, Geneva, 8-11 settembre 2004, 5 «more attentino needs to be divento the development of innovative projects that have an impact on changing girls and boys'behaviours and that advance equality in the leraning experience and equalty of opportunità». A riprova, in ogni caso, di una generale mutata sensibilità di approccio alla questione dell'identità di *genere* cfr. gli allegati al d.lgs. n. 59/2004, di attuazione della delega di cui alla legge n. 53/2003. Nel predisporre le Indicazioni nazionali per i piani di studio personalizzati nella scuola dell'infanzia, nella primaria, e nella secondaria di primo grado il legislatore delegato ha chiarito che i termini impiegati, quali «bambino» o «studente» «ragazzi» sono da riferirsi al «tipo» persona «al di là delle differenze tra maschi e femmine che ogni docente dovrà considerare nella concreta azione educativa e didattica».

[29] Cfr. quanto disposto dal d.lgs 9 luglio 2003, n. 215 di attuazione della direttiva n. 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e all'origine etnica, in *G.U.*, 12 agosto 2003, n. 186. Il 3° comma del decreto delegato include espressamente tra le aree di applicazione l'istruzione (art. 3, lett. *h*).

[30] L. PALADIN, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 531 ss

[31] Sugli «affermative action programs» nel sistema scolastico statunitense cfr. classicamente K. GREENAWALT, *Judicial scrutiny of «benign» racial preference in law school admissions*, in *Columbia Law Rew.*, 559, 1975, 579 ss. Come ricorda A. PIZZORUSSO, *voce Eguaglianza. Diritto*, in *Enc. sc. soc.*, III, Roma, 1993, 496, in questo contesto è peraltro decisivo il contributo offerto dagli organi giurisdizionali, i quali, sfruttando i poteri interpretativi ad essi propri, limitati funzionalmente dalla necessità giuridica di applicazione del diritto vigente, sono riusciti «a ricavare – in via di intepretazione delle disposizioni costituzionali o legislative – norme non scritte nei testi, ma ritenute necessarie (a seguito di un *balancing test* o di altri analoghi ragionamenti) per riequilibrare le norme da essi desumibili e così metterle in armonia con il principio di egua-

cura del legislatore, resta aperta la possibilità di verificare discriminazioni indirette, dovute all'introduzione di criteri di per sé neutrali (o, quanto meno, ritenuti tali), o ancora, di riscontrare distinzioni capaci di ostacolare la fruizione del diritto alla scuola e all'istruzione. In tale ultimo senso il più recente riferimento positivo è rappresentato dalle disposizioni dei d.lgss. nn. 215 e 216/2003, tramite i quali si è data attuazione alle direttive CE nn. 43 e 78/2000, rispettivamente volte a predisporre una cornice giuridica in materia di parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e nel settore della lotta alle discriminazioni fondate sulla religione, le convinzioni personali, l'handicap, le tendenze sessuali nell'ambito dell'accesso all'occupazione e del rapporto di lavoro. Al riguardo qualche perplessità desta l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva n. 43/2000 (recepita dal d.lgs. n. 215/2003) delle differenze di trattamento basate sulla nazionalità degli immigrati extracomunitari, finalizzata alla salvaguardia delle disposizioni nazionali regolanti l'ingresso, il soggiorno, l'accesso all'occupazione, l'assistenza e la previdenza dei cittadini dei paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, e dei trattamenti, adottati in base alla legge, derivanti dalla condizione giuridica di tali soggetti (art. 3, 2° comma, d.lgs. n. 215/2003).

Tale previsione stupisce in un sistema finalizzato a riconoscere uguale dignità agli esseri umani «a prescindere dall'elemento identitario alla base della decisione discriminatoria» e, soprattutto, contrasta con la concezione del diritto «civile all'educazione» come «meccanismo di assegnazione delle opportunità di scelta per la vita» incentrato sulla scuola pubblica [32]. Il diritto all'istruzione e all'educazione, come desumibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale, è infatti annoverabile tra i diritti fondamentali della persona in quanto tale, a prescindere, dunque, dalla pur rilevanti differenze tra cittadini e stranieri che si riverberano sul riconoscimento e sullo stesso godimento dei diritti

---

glianza». Così, ad esempio, attraverso il sindacato della ragionevolezza delle discriminazioni la Corte suprema degli Stati uniti, come segnala lo stesso A. PIZZORUSSO, *op. cit*., 495 «è pervenuta, a partire dalla celeberrima pronuncia *Brown* vs. *Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), a disporre la redistribuzione degli alunni appartenenti ai diversi gruppi etnici fra le varie istituzioni scolastiche onde evitare la segregazione razziale e superare il criterio *separate but equal* che dava un'applicazione ipocrita all'eguaglianza formale». Per una più recente riconsiderazione della relazione tra prospettiva pluriculturale e sistema di istruzione negli Stati Uniti cfr. E.C. LAGEMANN (a cura di), *Brown* vs. *Board of Education: the challenge for today's schools*, New York, 1996.

[32] È questo, infatti, a parere di F. GUARRIELLO, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giornale. dir. lav. rel. ind*., nn. 3-4, 2003, 344, lo scopo del divieto di discriminazione implicito nelle c.d. direttive di seconda generazione. L'idea della scuola pubblica come meccanismo di opportunità di scelta per la vita è di P. HABERLE, *Cultura dei diritti* …, cit., 62. Sulla scelta del legislatore comunitario espressa nella direttiva n. 43/2000 di separare i profili della discriminazione per motivi razziali da quelli della discriminazione per motivi religiosi cfr. le considerazioni critiche di F. MARGIOTTA BROGLIO, *Discriminazione razziale e discriminazione religiosa*, in *Quad. dir. pol. ecc*., n. 1, 2000, 276 ss.

(Corte cost., sentt. nn. 199/1986, 198/2003) [33]. La validità di questa impostazione, del resto, è desumibile dal flusso costante della normazione nazionale, di rango primario e secondario, dedicata a realizzare forme integrate di convivenza tra gli studenti delle diverse nazionalità che frequentano la scuola italiana, nonché dai numerosi provvedimenti amministrativi attuativi del diritto all'istruzione costituzionalmente riconosciuto. Una prima conferma si trae dall'art. 38, 1° e 2° comma, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Istruzione degli stranieri. Educazione interculturale*) secondo il quale «i minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica (1° comma)», e, più in generale dal graduale ingresso, nel lessico scolastico italiano, della nozione di «educazione interculturale» [34]. Diversi atti ministeriali (la circolare, come è noto, è stata per anni lo strumento prescelto per dare attuazione alle disposizioni costituzionali in materia scolastica) hanno infatti utilizzato tale locuzione, inizialmente ritenuta congrua ad affrontare l'emergenza migratoria e successivamente capace di coinvolgere gli stessi alunni italiani in un rapporto di interazione con gli alunni stranieri, che, certamente, non può dipendere da questioni attinenti alla nazionalità.

Anche dall'analisi di altre disposizioni emerge la volontà legislativa di contrastare l'omogeneizzazione culturale, evidentemente considerata fonte implicita di discriminazione. La legge 6 marzo 1998, n. 40 (art. 36) ha sottolineato che «nell'esercizio dell'autonomia didattica ed organizzativa, le istituzioni scolastiche realizzano, per *tutti* gli alunni, progetti interculturali di ampliamento dell'offerta formativa, finalizzati alla valorizzazione delle differenze linguistico-culturali e alla promozione di iniziative di accoglienza e scambio». Tale ragionamento implica che alla base di una efficace politica dell'immigrazione

---

[33] Cfr. art. 13 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali di New York del 16 dicembre 1966 ratificato in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881 che riconosce il diritto all'educazione «ad ogni persona» e la posizione in merito assunta, sulla scorta delle suggestioni espositiane sulla portata della libera manifestazione del pensiero da M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto allo studio …*, cit., 4, il quale da un lato ricorda che né l'espressione «diritto allo studio» né «quelle affini di diritto all'istruzione e alla educazione» sono codificate dalla Costituzione, ma che possono ritenersi implicite nella disposizione costituzionale relativa al «diritto a raggiungere i gradi più alti degli studi» e dall'altro afferma che «il diritto allo studio è un diritto personale e non funzionale, garantito, come fu detto dall'Esposito trattando questo problema a proposito della libertà di manifestazione del pensiero, non perché giova, cioè perché produce del bene alla cosa pubblica, ma perché è un bene che deve essere garantito a ogni uomo. Soggetti di questo diritto sono perciò tutti i capaci e meritevoli, non solo i cittadini».

[34] L'evoluzione della nozione di «educazione interculturale» nel contesto scolastico italiano è segnalata nell'indagine, curata dal MIUR – Direzione generale per i sistemi informativi – Direzione generale per lo studente – dal titolo *Alunni con cittadinanza non italiana. Scuole statali e non statali*, Roma, 2004, 13.

nella scuola vi sia allora il riconoscimento dei cambiamenti di «struttura delle diversità», indispensabile per una concezione democratica della «scuola del soggetto» [35]. Come segnalato nel 1999 dalla Commissione consultiva incaricata di preparare il primo Rapporto sullo Stato dell'immigrazione in Italia, tale politica avrebbe dovuto fondarsi sulla personalizzazione del percorso formativo degli studenti stranieri, sulla riduzione dei problemi derivanti dalle differenze linguistiche, sulla formazione specialistica del personale docente, sul ripensamento del materiale scolastico, sulla riduzione delle tradizionali logiche incompatibili con scelte pluriculturali e, infine, sulla tutela dell'identità degli studenti stranieri, diversificando le politiche di integrazione scolastica a seconda della loro origine culturale [36]. Il contrasto all'omogenizzazione culturale, del resto, è implicito nella riforma introdotta dalla legge n. 53/2003 (delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale), che, infatti, attribuisce speciale rilievo al criterio della «personalizzazione» didattica. Nella prospettiva adottata dal legislatore, però, la personalizzazione appare più che altro un metodo costruito in *funzione* della società, dell'accesso al lavoro e delle caratteristiche attuali del sistema produttivo che, in tal senso, assume rilievo differente rispetto alle tesi di quanti ritengono che la personalizzazione dei percorsi didattici e formativi dovrebbe servire ad «accrescere la capacità degli individui di essere Soggetti» [37]. Una sintesi delle proposte, di per sé non incompatibili, passa allora in primo luogo per la riqualificazione professionale del personale docente, più di tutti impegnato, nell'esercizio della propria libertà d'insegnamento, a definire concretamente e a comporre le

---

[35] Cfr. M.R. FERRARESE, *Un diritto al plurale o al singolare? Tendenze e paradossi dell'età globale*, in *Soc. dir.*, n. 2, 2004, 48. Secondo A. TOURAINE, *Libertà, uguaglianza, diversità. Si può vivere insieme?*, Milano, 1998, 291, la scuola «non deve essere fatta per la società; non deve attribuirsi come missione principale quella di formare dei cittadini oppure dei lavoratori, ma piuttosto di accrescere la capacità degli individui di essere Soggetti».

[36] Dal momento che, come espressamente riconosciuto nell'indagine condotta dalla Commissione consultiva, gli studenti musulmani, a titolo di esempio, possono essere portatori di «esigenze diverse da quelli provenienti da altre culture per quanto riguarda l'alimentazione e le festività religiose», cfr. *Rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia*, Roma, 1999, 19. Al riguardo cfr. anche B. FAEDDA, *Istruzione e festività. Dalle polemiche italiane alle esperienze internazionali*, in *Gli stranieri*, n. 4, 2004, 407 ss. che ricorda come negli Stati Uniti si sia giunti alla conclusione che le relazioni tra gruppi diversi all'interno di una stessa società sono influenzate notevolmente dalle politiche e dalle strutture scolastiche «Negli USA alcune ricerche hanno evidenziato come, sebbene i conflitti etnici siano forti e tendano a separare gli studenti, l'integrazione sistematica e classi con pochi studenti abbiano aiutato, invece, i ragazzi a superare le barriere culturali, raggiungendo al contempo risultati migliori. Allo stesso modo è stato dimostrato che metodi di apprendimento cooperativo possono creare interazioni più eque tendenti a promuovere attitudini *razziali* positive».

[37] Cfr. A. TOURAINE, *op. ult. cit.*, 291.

forme dell'integrazione tra gli studenti, nel rispetto dei principi costituzionali e degli accordi internazionali.

### 3.1. *Il rispetto dell'identità culturale degli studenti e il collegamento con il principio di laicità*

Come si è evidenziato l'idea di una scuola «polivalente» implica, anche sul piano costituzionale, il superamento di molti ostacoli, di ordine teorico e di portata pratica [38]. Riprendendo, sotto altra prospettiva, il ragionamento sulle implicazioni problematiche della questione religiosa *nella* scuola è interessante notare che, in diversi Paesi, nuove riflessioni sul principio di laicità, di taglio generalmente culturale o di natura prettamente costituzionale, si siano sviluppate in risposta ad altrettanti problemi emersi in ambito scolastico [39].

Azioni specifiche in grado di diversificare le politiche di integrazione scolastica a seconda dell'origine etnica e culturale degli allievi, potrebbero rivelarsi, allora, necessarie proprio per garantire il principio di neutralità statale e lo

[38] Cfr. T. HUSÉN, *Educazione …*, cit., 456 che ribadisce che la creazione di una scuola «polivalente» con programmi diversificati in cui «ciascun individuo possa seguire quello che meglio si adatta alle sue esigenze non è una impresa tanto semplice e ovvia in una società – come quella europea del secondo dopoguerra – in cui la scolarizzazione è in continua espansione». Come bene nota l'Autore, tuttavia, è l'idea stessa di un orientamento educativo che pone i principali problemi, in quanto si basa sull'assunto dell'esistenza di un determinato indirizzo di studi e di una determinata occupazione più adatta per lo scolaro. Ciò, secondo questa dottrina «crea una certa confusione sul modo in cui viene trattata l'eguaglianza, come *punto di partenza* oppure come *obiettivo*».

[39] Non può essere casuale, dunque, che la notissima questione dell'esposizione obbligatoria del «crocifisso» sia stata oggetto di pronunce giudiziarie tanto in Italia quanto in Germania o in Francia con riferimento alla portata del principio di laicità in ambito scolastico, cfr. Corte costituzionale, ordinanza n. 389/2004. In argomento cfr. i saggi contenuti nel volume di R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004 e da ultimo, P. VERONESI, *La Corte costituzionale, il Tar e il crocifisso: il seguito dell'ordinanza* n. *389/2004*, consultabile in rete *www.forumcostituzionale.it*. Cfr. la sentenza del Tribunale supremo tedesco del 16 maggio 1995, che sancì l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 4, I comma della legge fondamentale tedesca un regolamento disciplinante l'esposizione obbligatoria di croci o crocefissi nelle aule delle scuole pubbliche elementari della Baviera in *www.olir.it*. In riferimento al dibattito sulla laicità sviluppatosi recentemente in Francia cfr. il rapporto presentato nel dicembre 2003 dalla Commissione di riflessione (réflexion) presieduta da Bernard Stasi sull'applicazione del principio di laicità nella Repubblica, presentato al Presidente della Repubblica in data 11 dicembre 2003, Paris, 2004, sul quale da ultimo G. BRUNELLI, *Integrazione, non esclusione: la logica del rapporto Stasi*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2004, 844 ss. Sulla scuola come veicolo della laicità cfr. J. BAUBÉROT, *La nascita della laicità in Francia e il problema delle sue origini*, in F. LENOIR-Y.T. MASQUELIER, *La religione*, V, Torino, 2001, 567, il quale ritiene la laicità una «invenzione francese» che «ha avuto luogo, complessivamente, fra il 1880 (in particolare con le leggi scolastiche) e il 1905 (separazione delle Chiese dallo Stato)».

stesso «patto repubblicano», che implica uno Stato in via di principio equidistante da ogni religione, le quali, come segnalato dalla stessa Corte costituzionale, possono essere fonte di disuguaglianze (Corte cost., sentt. nn. 440/1995 e 329/1997) [40]. Le riforme susseguitesi durante la XIII e la XIV legislatura, che hanno introdotto un nuovo lessico nel sistema scolastico italiano, non sembrano però fornire decisivi elementi di riscontro in tal senso. Senza addentrarsi nei particolari connessi all'attuazione della legge delega n. 53/2003, va però sottolineato che, ancora una volta, sia il legislatore che il Governo sono sembrati a disagio nel garantire il «supremo» principio di laicità, riconosciuto dalla Corte costituzionale, nella notissima sent. n. 203/1989, quale «uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica» [41]. Il problema concerne essenzialmente la scarsa chiarezza mostrata dal

---

[40] Sulla laicità dello Stato e delle istituzioni politiche cfr. da ultimo L. FERRAJOLI, *L'itinerario di N. Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria della democrazia*, in *Teoria politica*, n. 3, 2004, 133 ss., che ricorda il principio secondo il quale lo Stato, il diritto o le istituzioni non possono, a garanzia del pluralismo politico e religioso e insieme dell'autonomia della coscienza morale, essere utilizzate come strumento di affermazione o di rafforzamento di una determinata morale o ideologia ufficiale. Tale affermazione si ricollega a quanto affermato in diverse occasioni dalla Corte costituzionale, che ha segnalato il divieto assoluto di discriminazioni sulla base della religione, riconosciuta, fra le altre cose, come «potenziale fattore di disuguaglianza», cfr. sentt. nn. 440/1995 e 329/1997. Nella recente sent. n. 168/2005 la Corte ha ulteriormente ribadito che «Le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio per le offese recate sia alla religione cattolica, sia alle altre confessioni religiose, già affermate da questa Corte nelle sentt. nn. 329/1997 e 327/2002, sono riconducibili, da un lato, al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzione di religione sancito dall'art. 3 Cost., dall'altro al principio di laicità o non-confessionalità dello Stato (per cui vedi sentt. nn. 203/1989, 259/1990, 195/1993 329/1997, 508/2000, 327/2002), che implica, tra l'altro, equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni, secondo quanto disposto dall'art. 8 Cost., ove è appunto sancita l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge». Le «aporie» legate al giudizio della Corte costituzionale in materia di uguaglianza e non discriminazione in campo religioso sono state sottolineate da G. CASUSCELLI, voce *Uguaglianza e fattore religioso*, in *Dig. disc. gius*., XV, Torino, 1999, 447 ss.

[41] Sulla sentenza cfr. per tutti L. MUSSELLI, I*nsegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giur. cost*., I, 1989, 908 ss. La stessa Corte ha peraltro affrontato anche in altre occasioni il problema del rango e del fondamento costituzionale del principio di laicità, ritenuto garanzia dello Stato, a salvaguardia della libertà di religione, in un «regime di pluralismo confessionale e culturale» (sent. n. 259/1990) che implica equidistanza e imparzialità della legislazione rispetto a *tutte* le confessioni religiose (sent. n. 329/1997). Il profilo della laicità è considerato dalla Corte quale strettamente attinente alla dimensione pluralistica dello Stato repubblicano, che impone di distinguere tra ordine delle questioni civili e ordine della esperienza religiosa (sent. n. 334/1996). Proprio la laicità, infatti, contribuisce a caratterizzare la nostra forma di Stato in senso pluralistico, rendendo possibile che in esso (lo Stato) possano pacificamente convivere «in uguaglianza di libertà, fede, tradizioni e culture diverse» (sent. n. 508/2000). Si noti peraltro che, curiosamente, tra i principi e criteri direttivi fissati dalla legge n. 53/2003 utili a definire il sistema educativo di istruzione e formazione vi è quello (art. 2, 1°

legislatore delegato nei confronti del principio, limpidamente evidenziato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 13/1991, del «non obbligo» di avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, che interessa, naturalmente, sia gli studenti che le loro famiglie. Se si accetta come affermato dalla Corte, che lo stato di non obbligo consente di «separare il momento dell'interrogazione di coscienza sulla scelta di libertà di religione o dalla religione, da quello delle libere richieste individuali alla organizzazione scolastica» più di una perplessità suscitano alcune misure introdotte dal Governo, che paiono rivolte a reintrodurre surrettiziamente un principio che sembrava definitivamente superato [42]. La disposizione dell'art. 11 del d.lgs. n. 59/2004 (di attuazione della delega di cui alla legge n. 53/2003), fa infatti sorgere qualche dubbio circa la garanzia della facoltatività dell'obbligo, dovuto al fatto che l'insegnamento della religione sembrerebbe considerato dal legislatore delegato quale elemento utile a formare la quota orario minima per la stessa validità dell'anno scolastico [43].

---

comma, lett. *b*) in base al quale «sono promossi il conseguimento di una formazione spirituale e morale, *anche* ispirata ai principi della Costituzione (...)».

[42] Pur riconoscendo che l'insegnamento della religione cattolica (...) non rappresenta di per sé fattore di discriminazione e non contrasta – essendone anzi una manifestazione – col principio supremo di laicità dello Stato, il non «obbligo», è confermato dalla sent. n. 13/1991 (interpretativa di rigetto) nella quale la Corte ha insistito sulla necessità di «non rendere equivalenti e alternativi l'insegnamento di religione cattolica ed altro impegno scolastico, per non condizionare dall'esterno della coscienza individuale l'esercizio di una libertà costituzionale, come quella religiosa, coinvolgente l'interiorità della persona». Nella citata decisione la Corte ha anche affermato che «la previsione come obbligatoria di altra materia per i non avvalentisi sarebbe *patente discriminazione* (corsivo nostro) a loro danno perché proposta in luogo dell'insegnamento di religione cattolica, quasi corresse tra l'una e l'altro lo schema logico dell'obbligazione alternativa, quando dinanzi all'insegnamento di religione cattolica si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche. Lo Stato è obbligato, in forza dell'Accordo con la Santa Sede, ad assicurare l'insegnamento di religione cattolica. Per gli studenti e per le loro famiglie esso è facoltativo: solo l'esercizio del diritto di avvalersene crea l'obbligo scolastico di frequentarlo». Sulla sent. n. 13/1991cfr. M. TIGANO, *L'assolutezza del diritto all'istruzione religiosa*, Milano, 2004, 27 ss. che segnala la posizione «intermedia» assunta dalla Corte costituzionale in merito alla questione della permanenza scolastica degli studenti che decidano di non frequentare durante l'ora di religione. I giudici costituzionali, rileva l'Autrice «dopo aver affermato che la situazione di non obbligo dei non avvalentisi comprende anche, certamente, la possibilità per essi di uscire dalla scuola durante lo svolgimento della materia confessionale (...) negano che una qualsiasi violazione dell'art. 2 Cost. sia ravvisabile nell'ipotesi di collocazione del detto insegnamento nell'orario ordinario delle lezioni».

[43] Il problema è chiaramente spiegato da C. MAUCERI, *Intervento*, in *Scuolaoggi* del 15 giugno 2004, il quale segnala che nel primo decreto attuativo della legge Moratti (d,lgs. 19 gennaio 2004, n. 59, in *G.U.*, 2 marzo 2004, n. 51) «l'orario delle attività scolastiche è articolato in tre parti, l'orario delle attività educative o delle lezioni (non opzionali e facoltative), l'orario per le attività educative e didattiche opzionali e facoltative e l'orario per la mensa. L'orario delle attività educative o delle lezioni (non opzionali e facoltative) comprende anche, per espressa indicazione delle disposizioni del decreto, la quota attribuita alle regioni, quelle delle istituzioni scolastiche e le ore (o ora per la scuola media di I grado) per l'insegnamento della religione cattolica;

## 4. *La questione della discriminazione della scuola nella giurisprudenza costituzionale*

La relazione tra sistema scolastico e società si riflette, ancora, nella tradizionale problematica del pluralismo *della* scuola, in più occasioni considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale [44]. Al riguardo la novità di maggior rilievo degli ultimi anni è rappresentata dalla legge 10 marzo 2000, n. 62 (Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione), che ha istituito il nuovo sistema nazionale di istruzione, formato dalle scuole statali e dalle scuole paritarie private e degli enti locali (art. 1, 1° comma, legge n. 62/2000) [45]. Tale normativa, di recente considerata dalla

---

per la scuola media di I grado il decreto all'art. 11 stabilisce inoltre che «ai fini della validità dell'anno, per la valutazione degli allievi è richiesta la frequenza di almeno tre quarti dell'orario annuale personalizzato di cui al 1° e 2° comma, dell'art. 10. L'insegnamento della religione cattolica non è, quindi, compreso nella parte dell'orario per le attività didattiche ed educative; quindi non solo non sarebbe più un insegnamento facoltativo, così come aveva stabilito la Corte costituzionale, ma, per la scuola media di I grado concorrerebbe a formare la quota-orario minima per la validità dell'anno scolastico».

[44] L'impostazione «classica» del problema si deve, probabilmente, a V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione* ..., cit., 94. Secondo l'insigne Autore, infatti, l'inciso «senza oneri per lo Stato» e dunque, il divieto di sussidi statali a favore delle scuole private «non porta anche ritenere che le provvidenze economiche, come borse di studio e assegni alle famiglie, cui si riferisce l'ultimo comma dell'art. 34, non siano applicabili agli alunni frequentanti scuole private». Secondo Crisafulli, dunque, sarebbe «in contrasto con il più elementare principio di eguaglianza» voler limitare la portata dei principi costituzionali di cui a 3° e 4° comma, dell'art. 34 Cost., alle sole scuole statali «creando in tal modo una *discriminazione* (corsivo nostro) di trattamento tra gli alunni di queste e gli alunni delle altre, private o comunque non statali (...) Comprendo il timore, talvolta manifestato, che attraverso questo mezzo si finisca per sovvenzionare, indirettamente, la scuola privata, eludendo il divieto che si è qui ritenuto di leggere nel 3° comma, dell'art. 33; ma il semplice pericolo di un abuso non basta ad autorizzare una interpretazione restrittiva, in contrasto con l'intero sistema costituzionalmente adottato». Sull'interpretazione dell'inciso «senza oneri per lo Stato» però, anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., t. II, Padova, 1976, 1184, per il quale qualora si ammettesse la possibilità (e non l'obbligo) per lo Stato di farsi carico degli oneri di gestione, la disposizione costituzionale risulterebbe *inutiliter data*. Il legame tra «parità scolastica» e laicità del servizio pubblico scolastico è stato considerato da R. BIN, *Il «muro» scolastico*, in *Rivista giuridica del federalismo*, n. 5, 1999, 3 ss., il quale ha segnalato che «in quasi tutti i paesi europei, l'educazione pubblica si è lentamente e a fatica affrancata dall'egemonia dell'educazione religiosa attraverso una lotta politica spesso assai dura. Ma in Italia questo distacco non si è mai integralmente compiuto. Il regime concordatario, che da noi si è scelto come regola dei rapporti tra stato e chiesa, ha mantenuto un rapporto «consociativo» che ha perpetuato una posizione di privilegio della chiesa cattolica, rispetto agli altri culti, nell'organizzazione degli studi: non solo attraverso la compresenza di istituti religiosi di istruzione, accanto a quelli pubblici, in tutto l'arco degli studi, università compresa, ma anche attraverso la presenza dell'insegnamento religioso, retribuito dallo Stato, e dei simboli della religione cattolica negli istituti di istruzione laica».

[45] Come ha osservato A. MATTIONI, *Brevi note alle ultime leggi di riforma della scuola*, in

Corte compatibile con l'impianto costituzionale, è stata considerata dal Giudice delle leggi anche in relazione specifica al divieto di discriminazione *tra* le scuole del nuovo sistema nazionale (Corte cost., sentt. nn. 42/2003 e 33/2005). Con la sent. n. 42/2003, la Corte, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta di *referendum* abrogativo popolare di talune disposizioni e parti di disposizioni della legge sulla parità, ha dichiarato infatti inammissibile la richiesta referendaria per contraddittorietà e disomogeneità del quesito, chiarendo che il principio dell'esclusione delle scuole paritarie dal sistema scolastico nazionale, che si pretendeva di *introdurre* in via referendaria, avrebbe attivato «una connotazione *discriminatoria* (corsivo nostro) a carico delle scuole private, pur di fronte ad una disciplina dettagliata che realizza un sostanziale regime di parità» [46]. Secondo la Corte «una volta che il legislatore abbia istitui-

*Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 2, 2003, 43, commentando tanto le innovazioni scaturenti dalla legge n. 62/2000, quanto la legge delega di riforma n. 53/2003 «dalla contestuale considerazione delle due leggi emergono dunque, sotto il limitato profilo qui considerato, problemi che possono riassuntivamente essere così prospettati: a) la finalizzazione del «sistema» ad istruire ed educare; b) la libertà di scelta educativa che implica pluralismo scolastico finalizzato al pieno sviluppo della persona umana; c) la «piena libertà» come garanzia di libero orientamento etico – culturale e pedagogico – didattico in un contesto dell'autonomia della scuola di ogni tipo; d) il richiamo ai principi della Costituzione come informanti il sistema educativo; e la libertà di insegnamento (una omissione)». L'Autore infatti sottolinea che «nessuno dei due provvedimenti legislativi considera invece il delicato problema della libertà di insegnamento nella diversa configurazione che assume nella scuola pubblica e nella scuola paritaria privata».

[46] Cfr. anche C.M. prot. 18 marzo 2004, n. 861, Disposizioni e indicazioni per l'attuazione della legge 10 marzo 2000, n. 62, in materia di parità scolastica. In argomento cfr. la sent. n. 42/2003, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile, per contraddittorietà e disomogeneità del quesito, il referendum popolare finalizzato all'abrogazione di alcune disposizioni contenute agli artt. 1, 1° comma; 1, 5° comma; 1, 9° comma; art. 1, 15° comma e all'art. 1, intero 13° comma, della legge 10 marzo 2000, n. 62. La Corte, nel caso di specie, ritiene (curiosamente) *discriminatoria* l'esclusione delle scuole private dal sistema nazionale di istruzione: «Una volta che il legislatore abbia istituito un sistema scolastico nazionale, espungerne una categoria di scuole che restano assoggettate, per gli aspetti legislativi sopra analiticamente ricordati, al medesimo e comune regime richiesto dall'art. 33, 4° comma, Cost. ai fini della parità, risulta non solo contraddittorio ma anche *discriminatorio* (corsivo nostro). In un regime di esclusione concettuale dal sistema nazionale quale è quello cui tende la richiesta referendaria, una parità effettiva, che non si riduca a mera declamazione verbale, non è concepibile. L'esclusione dalle scuole private non sarebbe soltanto un principio privo di conseguenze, tale da far ritenere che un sufficiente sostegno allo status paritario delle scuole private possa comunque essere offerto dalle norme presenti nei successivi commi. Le formulazioni di principio, infatti, non sono mai vuote e inutili proclamazioni, ma enunciati giuridici carichi di valore, capaci di imprimere al sistema normativo al quale affieniscono direzione e orientamento, di immettervi virtualità interpretative altrimenti assenti e di ovviare alle eventuali imprecisioni o alle lacune in questo riscontrabili. E nella specie il principio della esclusione dal sistema scolastico nazionale che si pretende di introdurre in via referendaria rende attiva una connotazione *discriminatoria* (corsivo nostro) a carico delle scuole private, pur di fronte ad una disciplina dettagliata che realizza un sostanziale regime di parità». Secondo una dottrina F. FRENI, *Scuole paritarie privato-confessionali e sistema nazionale di istruzione (osservazioni a Corte cost., sent. n. 42/2003)*, in

to un sistema scolastico nazionale, espungerne una categoria di scuole che restano assoggettate (...), al medesimo e comune regime richiesto dall'art. 33, 4° comma, Cost. ai fini della parità, risulta non solo contraddittorio ma anche *discriminatorio*». Per i giudici costituzionali, insomma, non è sufficiente che la scuola non statale sia giuridicamente disciplinata da regole, risultando inammissibile, *in quanto* discriminatorio, un mancato riconoscimento della parità sul piano dei principi. Dalla *ratio decidendi*, emerge, seppur in via implicita, l'adesione della Corte (in questa occasione) alla distinzione tra principi e regole enunciata dalla dottrina, dal momento che l'inclusione delle scuole paritarie nel sistema nazionale di istruzione (art. 1, legge n. 62/2000) è considerata dal Giudice delle leggi alla stregua di proposizione irrinunciabile, il cui «ethos» si riflette sul piano normativo[47]. Le formulazioni di principio (alle quali, secon-

*Quad. dir. e pol. eccl*., n. 3, 2003, 735 tale decisione si «inserisce nel solco di una consolidata giurisprudenza volta ad affermare, sia pur con modalità ed inflessioni diverse, l'utilità di un sistema d'istruzione integrato pubblico-privato» (sono richiamate le ordinanze nn. 67/1998 e 346/2001 e la sent. n. 454/1994). Sul referendum v. anche le conclusioni di N. DANIELE, R*eferendum abrogativo finalizzato ad escludere le scuole paritarie dal sistema d'istruzione*, in *Rivista giuridica della Scuola*, n. 2, 2003, 189 ss. e di A. MORRONE, *Un istituto referendario che non c'è*, in *Quad. cost*., n. 2, 2003, 384 ss.Come riportato da R. BOTTA, *Il finanziamento «pubblico» della scuola privata nella recente esperienza della legislazione regionale*, in *Quad. dir. e pol. eccl*., n. 2, 1999, 386, nel 1999 l'allora Presidente del Consiglio D'Alema sottolineava, a proposito del disegno di legge sulla parità scolastica in discussione in Parlamento «l'errore di un certo laicismo» contrario alle forme di finanziamento delle scuole private, con particolare riguardo a quelle materne «se noi dovessimo istituire scuole materne statali per tutti i 627 mila bambini che vanno alla scuola materna non statale questo avrebbe per lo Stato italiano un costo enormemente più alto che non stipulare convenzioni con queste scuole quindi noi perseguiamo l'interesse pubblico, non l'interesse privato». In relazione a questi temi cfr. F. DONATI, *Pubblico e privato nel sistema dell'istruzione scolastica*, in *Le Regioni*, n. 2, 1999, 537 ss; G. CIMBALO, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà. Legge sulla parità scolastica e libertà delle scuole private confessionali*, Torino, 1999. Si segnala anche la presentazione di proposte di legge costituzionale di modifica all'art. 33 Cost. in materia di parità scolastica da parte di esponenti della maggioranza di governo in carica nella XIV legislatura, cfr. Camera dei deputati – Proposta di legge costituzionale d'iniziativa dei deputati Buttiglione, Volontè, Grillo, Riccardo Conti, Rotondi, Tanzilli, presentata il 31 maggio 2001. A giudizio del relatore della proposta «Un'interpretazione restrittiva della norma costituzionale ha finito per dividere per cinquanta anni le forze politiche, impedendo di trovare una soluzione idonea ai problemi della scuola italiana e alle sue prospettive di crescita (...)». legge n. 62/2000, che ha delineato la categoria degli aventi diritto ai contributi e ha delegato alle regioni (art. 5) la previsione dei relativi e consequenziali interventi. Sul riconoscimento delle scuole paritarie nel sistema scolastico nazionale la Corte costituzionale, di recente, ordinanza 18 ottobre 2002, n. 423 ha chiarito che «la piena parità tra istituzioni scolastiche statali e private, nell'ambito di un servizio nazionale di istruzione quale ad esempio quello delineato dalla legge 10 marzo 2000, n. 62 (Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione), non è un dato ma un obiettivo che riguarda scuole private idonee ad adempiere precise condizioni (le cosiddette scuole paritarie, diverse dalle scuole private pareggiate o legalmente riconosciute (...)) condizioni previste per l'appunto al fine del riconoscimento della piena parità».

[47] Cfr. G. ZAGREBELESKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 149.

do la dottrina, si «aderisce»), infatti non sono mai, secondo la Corte, «vuote e inutili proclamazioni, ma enunciati giuridici carichi di valore, capaci di imprimere al sistema normativo al quale afferiscono direzione e orientamento, di immettervi virtualità interpretative altrimenti assenti e di ovviare alle eventuali imprecisioni o alle lacune in questo riscontrabili» (sent. n. 42/2003) [48]. La Corte, però, così motivando, sembra non aver tenuto nella giusta considerazione la disposizione dell'art. 33, 4° comma, Cost., che rimanda agli obblighi e ai diritti delle scuole private che chiedono la parità e prescrive il dovere costituzionale di assicurare ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello ricevuto da coloro frequentanti le scuole statali. Solo l'adesione ad un preciso ed orientato canone ermeneutico, infatti, può far ritenere che l'equipollenza di trattamento tra gli alunni nel servizio di istruzione debba necessariamente dipendere da un'affermazione di principio volta ad equiparare le funzioni della scuola pubblica e di quella paritaria privata, in quanto essa, a ben vedere, potrebbe costituire oggetto di una regolamentazione giuridica di carattere puntuale, in grado di assicurare il bilanciamento tra le diverse «culture» riflesse dalle norme costituzionali. e, dunque, di non svilire il «senso» della disposizione di cui all'art. 33, 3° comma, Cost. Il sillogismo adoperato dalla Corte, insomma, mostra alcuni limiti, dal momento che una interpretazione altrettanto rispettosa del disposto costituzionale porta a dire che non necessariamente ad una medesima disciplina, assicurata da regole puntuali, deve obbligatoriamente corrispondere, almeno sul piano dei principi, un medesimo sistema. Una eventuale abrogazione referendaria del *principio* della parità delle scuole nel sistema nazionale di istruzione, insomma, non avrebbe inciso né sulla possibilità per le scuole private di accedere alla parità, né sulla garanzia del trattamento equipollente dei loro alunni, assicurate, entrambe, dalla permanenza nell'ordinamento delle regole a ciò deputate, in aderenza al dettato costituzionale [49].

## 5. *La libertà di scelta della scuola come garanzia di equità: problemi aperti*

Ciò detto, la questione della parità scolastica si rivela interessante anche in quanto il Governo, nel corso della XIV legislatura, ha posto in essere vere e proprie micro-azioni positive (pur non qualificate espressamente come tali)

[48] Cfr. G. ZAGREBELESKY, *op. cit.*, 149.

[49] È appena il caso di segnalare che, secondo consolidato orientamento, il giudizio costituzionale di ammissibilità del referendum non costituisce «la sede di un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'eventuale disciplina di risulta derivante dall'effetto abrogativo del referendum» cfr. Corte cost. sentt. nn. 24/1981, 26/1987, 47/2005.

volte a ridurre ulteriori «discriminazioni» a danno degli studenti, o, in altre parole, a ripristinare le condizioni di *equità* (concetto che implicitamente rimanda all'uguaglianza delle opportunità) funzionali, stante il disposto dell'art. 33, 3° comma, Cost. a favorire le famiglie nella scelta libera del percorso educativo dei propri figli minori. La modalità prescelta per dare attuazione a tale proposito è stata quella di introdurre, sulla scorta di precedenti iniziative regionali, uno specifico *buono scuola* (mutuato dall'esperienza statunitense dell'*educational voucher*) per le famiglie che decidano di iscrivere i figli minori (o i minori sui quali esercitano la tutela ai sensi dell'art. 343 ss. c.c.) presso le scuole paritarie [50].

La misura, nelle intenzioni del Governo, è destinata a chiudere la lunga e travagliata stagione di contrasti dottrinari e giurisprudenziali, vertenti sul ruolo (anche economico) dello Stato nei confronti del sistema privato di istruzione e sulla stessa dimensione teorica del pluralismo, da alcuni ritenuto intrinsecamente legato alla funzione costituzionale della scuola pubblica, da altri, al contrario, confuso con il relativismo etico [51]. Il dibattito, come è noto, ha coinvolto, nel corso degli anni, la stessa Corte costituzionale, che, però, non ha mai chiarito i termini di una «disputa» che, secondo la dottrina «a tutt'oggi risente di qualche eccesso di ideologismo» [52].

Quando si è pronunciato, il Giudice costituzionale ha peraltro assunto un orientamento non lineare: in un primo momento negando la possibilità di finanziare, tanto direttamente quanto indirettamente, la scuola privata (sent. n. 36/1982; ordinanza n. 668/1988); in un secondo momento, al contrario, riconoscendo (sulla scorta di una parte della ricostruzione crisafulliana) la natura discriminatoria dell'esclusione delle provvidenze dirette agli alunni delle scuo-

---

[50] Cfr. Art. 1, 1° comma, decreto interministeriale 28 agosto 2003, n. 8177 – Criteri per l'attribuzione alle persone fisiche di un contributo alle spese sostenute per l'iscrizione alle scuole paritarie, in *G.U.* 29 ottobre 2003, n. 252. Cfr. anche comunicato stampa del MIUR del 2 settembre 2003 «Contributo scuola per le famiglie. Il ministro Moratti: una questione di equità per chi iscrive i figli alle scuole paritarie». Sul provvedimento cfr. il commento di A. SANDULLI, *Il buono-scuola agli alunni delle scuole paritarie: perplessità e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2004, 7 ss.

[51] Cfr. N. COLAJANNI, *Autonomia e parità nella scuola*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1997, 107 ss.

[52] Cfr. ordinanza n. 67/1998 con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, per difetto di rilevanza, della legge reg. Emilia Romagna 24 aprile 1995, n. 52 (Integrazioni alla legge reg. 25 gennaio 1983, n. 6, in materia di diritto allo studio) sollevata dal TAR Emilia-Romagna in riferimento agli artt. 33, 2° e 3° comma, e 117, 1° comma, Cost. La decisione è stata commentata da P. CARETTI, *Brevi osservazioni su una «mancata» sentenza della Corte in materia di rapporti tra pubblico e privato nel settore della scuola*, in *Le Regioni*, n. 5, 1998, 1353 ss., il quale, rammaricandosi per la mancata decisione nel merito della questione ha osservato che «sarebbe stato importante acquisire l'opinione del giudice costituzionale» in quanto «avrebbe contribuito in modo decisivo a chiarire i termini di un dibattito che a tutt'oggi risente di qualche eccesso di ideologismo».

le private in quanto funzionali all'assolvimento dell'obbligo scolastico (sent. n. 454/1994) [53]. La libertà *della* scuola, garantita dalla Costituzione e assicurata dalla legge sulla parità, si differenzia allora per molti aspetti dalla libertà *di scelta della* scuola, che nell'ottica utilizzata dal Governo va salvaguardata anche tramite l'introduzione di una misura puramente economica rivolta alla sua tutela [54]. Perplessità formali e sostanziali sono però suscitate sia dalle modalità giuridiche con le quali il Governo ha introdotto questo peculiare buono scuola (che operando, seppur indirettamente, a vantaggio di una sola parte delle scuole facenti parte del sistema nazionale, sembra configurarsi quale provvedimento economicamente premiante una determinata scelta ideologica) sia dalla sua effettiva idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati. Sul piano for-

[53] La Corte, nella sent. (additiva) n. 454/1994 ha chiarito che la giustificazione del differente trattamento non può rinvenirsi nella diversità della situazione degli alunni delle scuole meramente private, nell'assunto che tale ultima situazione sia indice di una maggiore capacità economica «in quanto la disposizione impugnata prescinde, allo stato, da ogni riferimento alla capacità economica dei destinatari della provvidenza. Anche a volere ammettere, in via di pura ipotesi, che l'iscrizione presso scuole meramente private (...) costituisca di per sé indice di maggiore capacità economica, questa non potrebbe giustificare la diversità di trattamento, perché tale condizione non è presa in considerazione dalla legge». Cfr. anche Corte cost., sent. n. 180/1988 con la quale la Corte ha dichiarato illegittima, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 43, 2° comma, della legge n. 270/1982 (Revisione della disciplina del reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare, secondaria e artistica, ristrutturazione degli organici, adozione di misure idonee ad evitare la formazione di precariato e sistemazione del personale precario esistente». In tale pronuncia la Corte ha chiarito che nel settore della scuola «il costituente (art. 33) ha inteso consentire a privati e ad enti di perseguire quella stessa finalità cui lo Stato si indirizza, attraverso l'istituzione di ogni ordine e grado, vale a dire l'istruzione mediante il libero insegnamento dell'arte e della scienza. L'interesse dello Stato al riguardo si manifesta attraverso strumenti di controllo quali l'autorizzazione delle scuole private, il riconoscimento legale delle stesse ed il cosiddetto pareggiamento (...) appare evidente che lo Stato attraverso tale dettagliata normativa di condizioni, d'interventi, di vigilanza e di provvedimenti restrittivi, identifica nelle scuole riconosciute e pareggiate quelle stesse finalità che persegue mediante l'organizzazione delle scuole statali, come del resto si desume dai principi dettati dall'art. 33 Cost.». Sulla legislazione regionale in materia di finanziamento alla scuola non statale cfr. i riferimenti di N. FIORITA-D. MILANI, *Osservatorio regionale 2002*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3, 2003, 453, che menzionano le leggi regg. Sicilia n. 14/2002, Toscana n. 32/2002, Umbria n. 28/2002. Cfr. anche R. BOTTA, *Il finanziamento «pubblico» della scuola privata …*, cit., 381 ss. che ricorda le leggi regg. Lombardia n. 8/1999 «Interventi regionali a sostegno del funzionamento delle scuole materne autonome» ed Emilia-Romagna n. 10/1999. Si vedano tuttavia anche le leggi regg. Veneto n. 1/2001; Liguria n. 14/2002; Piemonte n. 10/2003. Tale ultima legge, peraltro è espressamente titolata «Esercizio del diritto alla libera scelta educativa».

[54] Secondo il condivisibile ragionamento di G. FERRONI, *La scuola sospesa. Istruzione, cultura e illusioni della riforma*, Torino, 1997, 119 «La libertà di farsi la scuola che più aggrada può risolversi in pericolose chiusure in ambiti ideologici, religiosi, municipali, addirittura razziali: il *buono* finirebbe spesso per essere speso presso istituzioni corrispondenti direttamente al modello di società e cultura che le famiglie hanno in testa, favorirebbe la creazione di molteplici sacche chiuse in se stesse, entro principi ideologici non più stimolati a confrontarsi con altri principi e a mettersi in gioco nell'apertura verso il futuro».

male, infatti, le critiche sono legate al fatto che il contributo (di entità economica modesta, inadeguata a garantire l'effettiva libertà di scelta della scuola) è introdotto da un atto amministrativo (decreto interministeriale) che, a sua volta, trovava fondamento in una disposizione di un decreto legge c.d. *omnibus* (art. 13, d.l. n. 147/2003 recante «contributi alle famiglie»), che ha modificato alcune disposizioni della legge finanziaria per il 2003 (legge n. 282/2002), la quale, al contrario, prevedeva allo scopo l'adozione di un regolamento *ex* art. 17, 3° comma, legge 23 agosto 1988, n. 400. Tale *escamotage*, oltre a rivelare l'intento ministeriale di sottrarre l'atto agli ordinari controlli di legittimità previsti per i regolamenti, consente di ovviare alla disposizione dell'art. 138 del d.lgs. n. 112/1998, che prevede la delega alle regioni delle funzioni amministrative in tema di contributi alle scuole non statali.

Sul piano sostanziale poi, se si accoglie il ragionevole invito della dottrina a non guardare all'istruzione privata come a un sistema «indifferenziato» mal si comprende il tentativo del Governo di «indifferenziare» il sussidio, rendendone possibile la fruizione a tutte le famiglie che iscrivono i figli minori presso scuole paritarie, ideologicamente orientate, o meno [55].

Il conferimento del contributo, prescinde, infatti, da qualsiasi riferimento al tipo di scuola paritaria, e, soprattutto, da qualsivoglia criterio selettivo legato al merito degli studenti, alla qualità della scuola (requisito, quest'ultimo, evidentemente condizionato all'operatività di adeguato sistema di valutazione esterno) o alla disponibilità economica delle famiglie [56]. Proprio tale ultimo criterio, peraltro, era stato utilizzato dalla Corte costituzionale, la quale, per un certo periodo, aveva ritenuto ragionevole «desumere dalla libera scelta dell'interessato, implicante la corresponsione di tasse di frequenza o rette di un determinato ammontare per fruire di un servizio scolastico cui è possibile accedere anche gratuitamente, quella disponibilità di mezzi che legittima, sul piano costituzionale (...) l'esclusione delle provvidenze suddette, previste nell'intento di rimuovere le condizioni di ordine economico che ostacolano l'esercizio del diritto allo studio» (Corte cost., sent. n. 36/1982; ordinanza n. 668/1988) [57].

---

[55] Cfr. R. BIN, *La sussidiarietà «orizzontale»: alla ricerca dei soggetti privati*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 1, 1999, 3 ss.

[56] Ai sensi del Decreto interministeriale 28 agosto 2003, n. 8177 (art.1, 1° comma) «è riconosciuto il diritto a un contributo» a «persone fisiche» in forma diretta, senza alcuna distinzione basata sul reddito.

[57] Di rilievo, infatti, sono le conclusioni addotte dalla Corte cost. nell'ordinanza n. 668/1988, tramite la quale è stata valutata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Lazio in riferimento agli artt. 3, e 33, 4° comma, 34, 2° comma e 117, 1° comma, Cost. dell'art. 9 della legge reg. Lazio 18 settembre 1979, n. 78 come sostituito dall'articolo unico della legge reg. Lazio 7 dicembre 1979, n. 95 – interpretazione della parità di trattamento tra scuola pubblica e privata. A giudizio della Corte «la norma censurata opera ad avviso del giudice a quo una discriminazione in danno degli alunni che frequentano scuole pri-

In base a quanto detto, allora, risulta evidente che l'introduzione di *questo* buono scuola riflette più che una reale soluzione al problema dell'accesso alle scuole paritarie da parte dei soggetti a basso reddito, un segnale di un approccio neo-ideologico tendente a svalutare la funzione costituzionale del sistema scolastico, in un'ottica di ispirazione «paternalista» che sembra confondere i concetti, complementari, ma non equivalenti, di sussidiarietà, integrazione e pluralismo [58]. Partendo dal buono scuola anziché dalla predisposizione di un

---

vate, introducendo solo per essi, ai fini dell'attribuzione delle provvidenze assistenziali volte a favorire il diritto allo studio, previste dalla citata legge n. 78/1979, il condizionamento al mancato pagamento di una retta di frequenza là dove stabilisce che il piano d'intervento nel settore sia redatto tenendo conto dell'accertata gratuità della frequenza; che tale discriminazione, oltre a violare il principio di eguaglianza, contrasta, ad avviso dello stesso giudice, col principio della gratuità della scuola dell'obbligo (art. 34, 2° comma, Cost.), nonché con quello di parità di trattamento fra la scuola statale e quella non statale (art. 33, 4° comma Cost.) (...) Secondo il Giudice delle leggi, tuttavia, «appare manifestamente insussistente la denunciata disparità di trattamento in quanto non è irragionevole desumere dalla libera scelta dell'interessato, implicante la corresponsione di tasse di frequenza o rette di un determinato ammontare per fruire di un servizio scolastico cui è possibile accedere anche gratuitamente, quella disponibilità di mezzi che legittima, sul piano costituzionale e nell'ambito dell'intervento regionale, l'esclusione delle provvidenze suddette, previste nell'intento di rimuovere le condizioni di ordine economico che ostacolano l'esercizio del diritto allo studio». A giudizio della Corte, inoltre, «il principio di parità di trattamento fra scuola pubblica e privata non può spingersi fino alla determinazione dell'obbligo della Repubblica di assumersi gli oneri eventualmente necessari per l'esercizio di tale ultima facoltà». Nel medesimo senso Corte cost., sent. n. 36/1982, nella quale il giudice delle leggi statuisce che dalla garanzia costituzionale della *libertà di scelta del tipo di scuola* «non può certo dedursi l'obbligo della Repubblica di assumersi gli oneri eventualmente necessari per esercitarla». La citazione nel testo è tratta da A. SANDULLI, *Il buono-scuola …*, cit., 9. L'Autore opportunamente sottolinea che «ciò ha comportato l'atomizzazione della somma pro-capite (circa 300 euro a famiglia), con la conseguenza, da un lato, che una famiglia dal reddito non elevato non è comunque in grado di iscrivere il proprio figlio presso una scuola paritaria privata e dall'altro, che una famiglia dall'alto reddito viene a godere di un ausilio economico insufficiente, per un verso, e non necessario, per un altro». Una difesa dell'impianto del decreto interministeriale 28 agosto 2003, n. 8177 è svolta da S. SCOPPA, *Il buono-scuola nel servizio scolastico*, in S. SCOPPA (a cura di), *Manuale del buono scuola*, Reggio Calabria, 2002, 97 ss.

[58] Nella sua «accezione tradizionale il paternalismo può essere definito come la sostituzione del giudizio altrui (...) sulla base dell'argomento *io conosco ciò che è il meglio per te*» laddove una rinnovata concezione «compromissoria» della nozione «asserisce che i bambini diventano soggetti autonomi e competenti se e in quanto gli adulti consentono loro di partecipare alle decisioni che li concernono, con modalità differenziate e graduate sulla base delle competenze cognitive e relazionali via via acquisite» così P. RONFANI, *I diritti relazionali. Una nuova categoria di diritti?*, in *Società e dir.*, n. 2, 2004, 110. Il «nuovo» ruolo attribuito alle famiglie si coglie di riflesso anche nel disegno di legge sugli organi collegiali della scuola (C. 774 e abb. è previsto (art. 7) che «nelle scuole paritarie la responsabilità amministrativa appartiene all'ente gestore, il cui rappresentante, o persona dal medesimo delegata, presiede il Consiglio della scuola». Il Consiglio della scuola, a sua volta, secondo le disposizioni degli artt. 4 e 5 del disegno di legge in itinere, «ha compiti di indirizzo e programmazione delle attività dell'istituzione scolastica, nel rispetto delle scelte didattiche definite dal collegio dei docenti e nei limiti delle disponibilità di bilancio» e in particolare (art. 4 lett. *b*) «adotta il piano dell'offerta formativa elaborato dal collegio dei docenti *verificandone la rispondenza agli interessi generali* e alle compatibilità rispetto

efficiente e democratico sistema di valutazione della qualità delle scuole (tanto sotto il profilo strutturale quanto in relazione allo stesso corpo docente) il rischio è infatti quello di accrescere la concorrenza tra gli istituti paritari (ideologicamente orientati o meno) o quello, non meno preoccupante, di consentire pratiche sinergiche «commerciali» tra scuole e aziende private, in grado di minare il valore civile dell'«universalità della cultura» [59]. Gli istituti, infatti, pur

---

alle risorse umane e finanziarie disponibili». Sul ruolo degli organi collegiali nel sistema scolastico italiano cfr. A. SANDULLI, *op. cit.*, 204 ss. Il problema della compatibilità tra sistema nazionale di istruzione e libertà di insegnamento nel sistema nazionale di istruzione è stato affrontato da C. MARZUOLI recensione a A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna 2003, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2004, 345, secondo il quale «il filo della libertà di insegnamento dovrebbe indurre a negare qualsiasi possibilità di ingresso, nel sistema pubblico dell'istruzione, alla scuola privata di tendenza. Questo stesso filo se da un lato esclude, senza esitazioni (è il lato della scuola privata di tendenza), da un altro consente di includere, senza riserva alcuna. È il tema della scuola privata non di tendenza. Se è ipotizzabile che la scuola privata (non di tendenza) possa garantire la libertà di insegnamento alla pari della scuola «statale» (per dirlo con l'art. 33 della Cost.) e che dunque possa fornire quel tipo di prestazione che ha indotto il costituente a imporre la presenza di scuole, appunto statali viene ad aprirsi, in modo naturale, la strada per l'inserimento della scuola privata nel sistema pubblico dell'istruzione. È l'aspetto realmente nuovo, che la legge sulla parità, con l'ammissione alla scuola privata di tendenza, ha invece inquinato e pregiudicato, e che merita attenzione». La scuola privata ideologica «di tendenza» rappresenta, infatti, come avvertito tempo addietro dalla dottrina «una vera e propria prosecuzione dell'insegnamento e dell'educazione liberamente scelti dalla famiglia e mantiene perciò l'alunno entro il medesimo clima spirituale» laddove la scuola statale «rappresenta un allargamento di orizzonte ponendo l'educando a contatto con coetanei delle più varie provenienze sociali e ambientali», così U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento*, *istruzione*, *scuola* …, cit., 707.

[59] Cfr. le valutazioni critiche di G. FERRONI, *La scuola sospesa* …, cit., 115 ss., nonché, sul piano strettamente giuridico le considerazioni svolte da A. SANDULLI, *op. cit.*, 9, secondo il quale «il buono scuola potrebbe costituire un utile strumento di elevazione della qualità dell'istruzione, qualora fosse correlato ad un meccanismo premiante ovvero condizionato al riscontro del possesso dei requisiti minimi da parte dell'Istituto nazionale di valutazione del sistema di istruzione (Invalsi) (...) Sennonché, essendo il nostro sistema di valutazione tuttora inoperante e non essendo pertanto possibile eseguire tali operazioni, il buono scuola è conferito a prescindere da una previa valutazione del servizio pubblico prestato». Al riguardo si segnala l'approvazione del d.lgs 19 novembre 2004, n. 286 «Istituzione del servizio nazionale di valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione, nonché riordino dell'omonimo istituto, a norma degli artt. 1 e 3 della legge 28 marzo 2003, n. 53» in *G.U.* n. 282 del 1° dicembre 2004, che, all'art. 1, dispone che la valutazione «concerne esclusivamente i livelli essenziali di prestazione ed è effettuata tenuto conto degli altri soggetti istituzionali che già operano a livello nazionale nel settore della valutazione delle politiche nazionali finalizzate allo sviluppo delle risorse umane». La Corte cost., con sent. n. 33/2005, ha, seppur concisamente, ribadito che «l'inserimento nel sistema nazionale di istruzione, con la conseguente abilitazione delle scuole paritarie al rilascio di titoli di studio aventi valore legale, presuppone il possesso, da parte delle scuole che aspirano ad essere inserite nel sistema, di determinati requisiti». In relazione alla questione degli istituti confessionali ancora colpiscono le considerazioni critiche svolte da B. RUSSEL in relazione all'Inghilterra e alla Francia, ne *L'educazione e l'ordinamento sociale*, Firenze, 1951, 84. Secondo RUSSEL «dove nessuna religione è abbastanza forte per imporsi allo Stato, le scuole statali non possono insegnare le dottrine di una setta particolare, ma le scuole mantenute con i contributi

di assicurarsi il finanziamento statale indirettamente collegato alla scelta indiscriminata delle famiglie potrebbero cadere nella tentazione di privilegiare la rapidità del percorso formativo rispetto alla qualità dell'istruzione impartita, in armonia con la dinamica di un servizio scolastico «nazionale» predisposto, in ragione delle esigenze di mercato, a fornire servizi «pubblici» di istruzione di qualità differenziata a prezzi crescenti [60]. Tale «inutile» competitività tra gli istituti, peraltro, potrebbe causare ulteriori indesiderati effetti, probabilmente sottovalutati dal legislatore e dallo stesso Governo, ma ben conosciuti in quei sistemi, come quello statunitense, che da molti anni sperimentano forme di «*market control*» sulle scuole pubbliche e private, tra i quali, ad esempio, quelli di «segregazione» connessi all'istituzione di scuole di «classe», che appaiono indesiderabili in un sistema che almeno sul piano formale, pare orientato all'inclusione dell'altro [61].

---

degli alunni possono insegnare qualunque cosa i genitori ritengano buona per il loro denaro. In Inghilterra e in Francia, in gran parte come conseguenza di questo stato di cose, i ricchi sono molto più religiosi dei poveri delle città. Quando io dico *religiosi* uso la parola in senso politico, non intendo dire ch'essi sono pii e nemmeno necessariamente ch'essi diano un assenso metafisico al dogma cristiano; ma soltanto ch'essi sostengono la Chiesa, votano per lei nei dibattiti legislativi e desiderano che i loro figli siano educati da coloro che accettano i suoi insegnamenti».

[60] Negli allegati al decreto delegato n. 59/2004, di attuazione della legge delega n. 53/2003 si ritrova la precisazione in base alla quale le Indicazioni sui piani di studio personalizzati nella scuola dell'infanzia, nella primaria e nella secondaria di primo grado, *espliciterebbero* (corsivo nostro) i livelli essenziali delle prestazioni essenziali a garantire il diritto personale, civile e sociale all'istruzione e alla formazione di qualità. Come ha notato la dottrina commentando il provvedimento legislativo delegato «contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, gli allegati contengono in prevalenza, contenuti di programma e obiettivi di apprendimento degli studenti e non norme sui livelli essenziali di prestazioni, intese, come di recente affermato dalla Corte costituzionale quali norme necessarie per assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazione garantite, come contenuto essenziale di diritti civili e sociali» cfr. F. MARSILIO-E. MIDENA, *La scuola: cambia?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2004, 1057 ss., 1057. Si ricordi che la Corte costituzionale, con sent. n. 88/2003, aveva sì stabilito che la concreta definizione dei livelli essenziali delle prestazioni non si esaurisce nella legislazione, ma, al contempo, aveva statuito che nel caso in cui si fosse reso necessario l'intervento del Governo, sarebbe stato necessario stabilire procedure adeguate e *precise* tipologie di atti. In argomento cfr. A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, 1063 ss.; E. BALBONI, *I livelli essenziali e iprocedimenti per la loro determinazione*, ivi, 1183; A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, ivi, 1216.

[61] Nel sistema americano la dottrina pacificamente considera che, tanto gli studenti quanto le loro famiglie esercitano un controllo di mercato (*market control*) sulle scuole, attraverso l'esercizio del potere di scelta di quale scuola frequentare, cfr. K.J. DOUGHERTY-F.M. HAMMACK, *Educational organization*, in E.F. BORGATA-R. J. V. MONTGOMERY, *Enciclopedya of sociology*, New York, 2000, 767. Tale dottrina ha peraltro segnalato che al fine di attrarre studenti bianchi della *middle-class* le scuole adottano «a variety of expedients (...) not only by offering superior academic resources but also by largely segregatine them from working-class and non white students».

## 6. *La riduzione delle disuguaglianze educative: cenni sull'esperienza francese delle ZEP (*zones d'éducation prioritaire*)*

Altro problema collegato alla dinamica dell'eguaglianza sostanziale in ambito scolastico è quello relativo alle potenziali cause della discriminazione. Ciò in particolare, rimanda alla questione della crescita sociale degli studenti della scuola dell'obbligo e delle superiori che risultino oggettivamente discriminati (sia riguardo all'accesso che alla frequenza) per il solo fatto di vivere contesti di profondo disagio di natura prevalentemente «esogena» [62].

Il rilievo di tale problematica è stato particolarmente sentito in Francia e nel Regno Unito, tanto da fornire la base per l'introduzione di importanti azioni positive nel settore dell'istruzione [63]. Tali politiche rispondono ad una determinata concezione dell'eguaglianza/ragionevolezza, che, in relazione all'esperienza francese, è stata sintetizzata in diverse occasioni dal *Conseil constitutionnel*, che ha ritenuto, sulla falsariga di quanto asserito dal giudice costituzionale italiano, che il principio di eguaglianza non si oppone a deroghe apportate in ragione dell'interesse generale, purché il trattamento differente sia «*en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit*» [64]. Quando la differenziazione è fondata su criteri obiettivi e ragionevoli, è ancorata alla tutela dell'interesse

---

[62] Come segnalato dagli stessi sociologi, il concetto di «disagio», «nelle sue varie articolazioni – ad. es. minorile, adolescenziale, giovanile, scolastico – è tuttora oggetto di elaborazione teorica e non presenta, quindi, un significato univoco». L'espressione di «disagio scolastico», dunque, richiama un esperienza che coinvolge soggetti i quali «sperimentano un malessere in parte di natura *endogena* (difficoltà nell'affrontare i compiti di sviluppo entro un contesto sociale complessivamente in crisi di senso), in parte di natura *esogena* (fattori di rischio contingenti variamente intrecciati agli elementi critici endogeni), ma che si manifesta secondo modalità peculiari ed evidenti proprio all'interno della vita scolastica» cfr. V. CADARIO, *Educare*, *comunicare*, *costruire legami: percorsi di ri-socializzazione in un centro diurno per preadolescenti*, in *Studi di Sociologia*, n. 4, 2003, 465 ss.

[63] Ci si riferisce, prioritariamente all'esperienza delle ZEP (*zones d'éducation prioritarie*), sigla identificativa del progetto tramite il quale il governo francese, fin dal 1981, si è proposto «*de contribuir à corriger l'inégalité sociale par le renforcement sélectif de l'action éducative dans les zones et dans les milieux sociaux oú le taux d'echec scolaire est le plus élevé*» cfr. l'estratto della circolare del 1° luglio 1981 riportata da B. TOULEMOND, *La discrimination positive dans l'education: des ZEP à Sciences Po*, in *Pouvoirs*, 111, 2004, 88 e in relazione all'esperienza inglese, alle EAZ (*educational action zones*) introdotte con lo «School Standards and framework act» del 1998.In dottrina, per l'esperienza inglese cfr. I. REID-K. BRAIN, *Education Action Zones: mission impossibile?*, in *International studies in Sociology of education*, n. 2, 2003, 195 ss.

[64] Cfr. il rapporto (exposé) del *Conseil Constitutionnel* del settembre 2004 «*Le discriminations positives» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *paper* consultabile in rete *www.conseil-constitutionnel.fr*. Come ha opportunamente avvertito lo stesso *Conseil constitutionnel*, tale standard giurisprudenziale, in ogni caso, non deve essere né inteso né applicato in maniera astratta, in quanto, al riguardo, ogni caso è «affaire d'espece, de nuance et de bon sense» , cfr. *Conseil Constitutionnel*, *Le discriminations positives …*, cit., 3.

generale ed è pertinente alle finalità della legge, è da considerarsi pienamente legittima, in quanto collegata alla garanzia di prevalenti esigenze costituzionali. Nel caso delle ZEP (*zones d'éducation prioritaire*), l'azione positiva prevede un obbligo di risultato, considerato condizione imprescindibile per la materiale concessione di mezzi supplementari, essenzialmente, ma non esclusivamente, economici. Seppur difficilmente misurabile, tale presupposto riveste significato fondamentale per comprendere questa tipologia di intervento, la cui caratteristica principale è quella di «funzionare» in base a criteri geografico-territoriali [65]. La sperimentazione di politiche fondate su di un simile criterio, finalizzate ad innalzare la soglia di partenza di categorie svantaggiate socialmente e territorialmente, potrebbe rivelarsi utile anche in Italia, stando, almeno, ai dati recentemente elaborati dal MIUR in merito alla scolarizzazione degli alunni con cittadinanza non italiana [66]. Gli stessi, pur riferiti alla integrazione scolastica degli alunni stranieri, rivelano, seppur indirettamente, una realtà

[65] B. TOULEMOND, *op. cit.*, 88 ss. distingue tre diversi periodi di implementazione di tale politica di azioni positive, segnalando, al tempo stesso, la difficoltà di operare una valutazione d'insieme circa gli effetti positivi dell'introduzione delle ZEP sui risultati degli studenti. Lo stesso segnala peraltro che una nuova fase si è aperta nel 2001 a seguito della decisione dell'*Institut d'Etudes politique* (IEP) di Parigi di predisporre una via specifica di accesso per gli studenti provenienti da istituti scolastici compresi in zone ZEP, funzionale ad assicurare una più intensa diversificazione sociale. Sull'iniziativa, sostanzialmente giudicata legittima dallo stesso *Conseil constitutionnel* (decreto dell'11 luglio 2001, n. 2001-450), in quanto in grado di garantire il rispetto dell'esigenza costituzionale di eguale accesso all'istruzione garantita dal Preambolo della Costituzione francese del 1946 (che rientra, come è noto, nella concezione del *bloc de constitutionnalité*). È necessario però, secondo lo stesso giudice costituzionale, che la selezione tra gli studenti non sia arbitraria, ma che risponda a criteri obiettivi in grado di garantire il rispetto delle esigenze costituzionali sancite dal citato preambolo. In argomento cfr. anche M. LONG, *Discrimination positive et accès à Sciences Po Paris*, in *AJDA*, 2004, 689 ss. Ciò è ribadito dal *Conseil constitutionnel* nel citato rapporto sulle discriminazioni positive. Tra le discriminazioni positive ritenute legittime sono ricomprese quelle finalizzate «à faciliter l'acces à certaines filières de formation, par exemple en creant un concours particulier ouvrant aux élèves des établissement classés en *zones d'éducation prioritarie* (ZEP) un certain nombre de places dans des organismes d'enseignement supérieur prestigieux des élèves vivant dans des zones défavorisées aux établissement d'enseignement superieur prestigieux».

[66] Nel documento elaborato dal Ministero, infatti, il territorio italiano è stato diviso in cinque raggruppamenti di province, ordinate in maniera decrescente a seconda degli indicatori socio-economici dei territori degli alunni stranieri (e delle loro famiglie), denominate simbolicamente con appellativi particolarmente rappresentativi (secondo lo stesso MIUR) delle diverse realtà. Tali raggruppamenti (*cluster*), caratterizzati da omogeneità di indicatori scolastici e socio-economici, al fine «di evidenziare concomitanze e relazioni tra fattori di attrazione sono così costituiti: 8 province nel primo *cluster* (il raggruppamento a pù alto indice di attrattiva) sotto la denominazione de «Il mito della nuova America»; altre 26 province in un secondo *cluster*, «L'altra Europa verso la speranza»; 21 province nel terzo «Tra sogni e aspettative in cerca di approdo»; altre 19 nel quarto *cluster* «I nuovi orizzonti» e infine le restanti 26 province (meridionali e insulari) nel quinto *cluster* «Ai margini del sogno», cfr. Indagine MIUR – *Alunni con cittadinanza non italiana* …, cit., 13.

preoccupante anche per gli studenti frequentanti le scuole del meridione e delle isole, situate, secondo il ministero, «ai margini del sogno», in ragione del basso tasso percentuale di scolarizzazione riscontrato in tale larga fascia di territorio [67].

L'introduzione di politiche strategiche su base territoriale potrebbe in tal senso rivelarsi opportuna per conseguire l'obiettivo della coesione sociale e territoriale (riconosciuto nel Trattato CE e consacrato nel nuovo Trattato costituzionale europeo), per garantire la diversificazione sociale, e, infine, per assicurare l'uguaglianza delle opportunità «sia rispetto ai singoli all'interno delle stesse scuole o classi, sia rispetto a regioni e zone diverse» [68]. Il problema

---

[67] Cfr. D. CHECCHI, *Da dove vengono le competenze scolastiche*?, in *Stato e mercato*, 72, 2004, 415, che segnala che l'uscita dal sistema scolastico tra i quindici e i sedici anni è particolarmente accentuata nelle regioni meridionali e si registra in misura minore inelle regioni comprese nel Nord-Ovest del Paese. I dati elaborati dal Ministero nell'indagine sembrano peraltro dimostrare la mancanza di nesso tra esiti percentualmente elevati e condizioni socio-economiche favorevoli, anche se nella stessa Indagine è avvertito che «può essere vero anche il contrario e cioè che le migliori condizioni socio-economiche del contesto portano ad accentuare maggiormente la differenza tra gli studenti stranieri e quelli italiani, al punto da determinate nei confronti dei primi una depressione degli esiti complessivi rispetto ai coetanei italiani. Ciò non avviene nei in vece nei contesti socio-economici meno favorevoli, al punto che gli esiti degli alunni stranieri in quelle aree (corrispondenti all'Italia meridionale o insulare N.d.a.) sono meno depressi e mediamente più vicini a quelli dei coetanei italiani», cfr. Indagine MIUR – *Alunni con cittadinanza non italiana* …, cit., 83.

[68] Tali politiche potrebbero essere altresì incluse tra gli strumenti previsti dalla legge n. 53/2003 (art. 1, 2° comma, lett. *i*) per contrastare la dispersione scolastica e assicurare la realizzazione del diritto-dovere di istruzione e formazione (l'obbligo scolastico). L'art. 1, 3° comma, della legge n. 53/2003, precisa infatti che il piano programmatico degli interventi finanziari è anche destinato a sostenere «interventi di orientamento contro la dispersione scolastica» e ad assicurare la realizzazione del diritto-dovere di istruzione e di formazione. Cfr. ancora gli artt. I-3 e III-220 (*ex* art. 158 TCE) del Trattato costituzionale europeo – sez. III – Coesione economica, sociale e territoriale, che sancisce che «per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale. In particolare, l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite (...)». Cfr. anche il protocollo allegato al Trattato costituzionale sulla coesione economica sociale e territoriale nel quale è stabilito che «Gli Stati membri riconoscono la necessità di un regolare controllo dei progressi compiuti nella realizzazione della coesione economica sociale e territoriale e si dichiarando disposti ad esaminare tutte le misure all'uopo necessarie». Cfr. l'intervento di A. VISALBERGHI nella discussione su *Scuola pubblica e scuola privata. Interrogativi e problemi* (a cura di P. BONETTI), pubblicata in *Nuova Antologia*, 2158, 1986, 23 ss. A parere dell'Autore, per ridurre i gravissimi dislivelli tra Nord e sud «occorrerebbe tentare qualcosa del tipo di quelle che gli americani chiamano *affermative actions* (...) Penso, al limite, a progetti che includano speciali incentivi per la riqualificazione degli insegnanto, quote addizionali per attrezzature didattiche e biblioteche (ed edilizia e trasporti, naturalmente!), ma anche collegamenti con ben selezionate iniziative extrascolastiche, economiche e culturali. Un po' alla Danilo Dolci, ma ben oltre il semplice obbligo scolastico. Parlo di *progetti*, non di una normativa omogenea che potrebbe solo fondarsi, entro limiti di compatibilità economica, sui risultati conclusivi dei progetti stessi, accuratamente verificati».

principale è però quello di individuare il tipo di politiche pubbliche, o, se si vuole, di azioni positive, preferibili a tale scopo. La predisposizione di semplici politiche re-distributive in termini economici e finanziari, funzionali ad assicurare maggiori risorse alle scuole collocate in aree povere o disagiate potrebbe infatti, come segnalato dalla dottrina, rivelarsi insufficiente o addirittura controproducente al fine di ridurre le disuguaglianze, mentre, a riprova del rilievo della sinergia tra diverse politiche pubbliche, «politiche urbanistiche tese a forzare l'integrazione territoriale mantenendo basse le rendite nelle aree considerate più attraenti e rendendo più uniforme la distribuzione territoriale della qualità dei servizi sociali, potrebbero risultare molto più efficaci nel favorire l'integrazione territoriale» [69]. La prospettiva dell'analisi economica conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, quanto già sostenuto da tempo dai teorici dei sistemi socio-educativi, attenti a segnalare da un lato, come sia estremamente difficile eguagliare le opportunità di istruzione senza agire su altre cause «ambientali», quali condizioni di lavoro o livelli salariali, e, dall'altro, come la scuola non operi in un sistema di vuoto socio economico, e quindi, non possa essere individuata come fattore unico di trasformazione. Ciò dimostra che sussiste ancora un apprezzabile margine di azione a disposizione del legislatore, chiamato a fornire, in adesione al principio di eguaglianza sostanziale, soluzioni giuridiche in grado, ad esempio, di temperare gli effetti selettivi del sistema educativo e di contrastare le differenze di rendimento scolastico determinate sia dal retroterra familiare dello scolaro, sia dallo specifico contesto economico e socio-territoriale [70].

[69] Cfr. D. CHECCHI, *La disuguaglianza …*, cit., 163-164.

[70] Questi, tra le altre cose, appaiono obiettivi pienamente in linea con quelli fissati dal Consiglio europeo di Lisbona del 2000, cfr. la relazione congiunta di Consiglio e commissione presentata al Consiglio UE nel marzo 2004 dal titolo «Istruzione e formazione 2010. L'urgenza delle riforme per la risuscita della strategia di Lisbona». Cfr. T. HUSÉN, *Educazione …*, cit., 458.

# DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. LA CONDIZIONE DEI CARCERATI

*di Carlo Colapietro*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La «diversità» dei detenuti per il presunto assoggettamento ad un rapporto di «supremazia speciale». – 3. La storia dell'ordinamento penitenziario italiano dall'Unità ad oggi tra continuità e discontinuità. – 4. Il principio di umanizzazione e quello di «tendenziale» finalità rieducativa delle pene: dal primato della persona umana del detenuto alla concretizzazione dei suoi diritti in carcere. – 4.1. L'art. 27, 3° comma, Cost.: il principio rieducativo. – 4.2. *Segue*: il principio di umanizzazione della pena. – 5. Il riconoscimento e la garanzia dei «diritti» dei detenuti, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale: la pratica elusione delle garanzie costituzionali da parte della normativa sull'ordinamento penitenziario. – 5.1. I diritti «personali» dei detenuti. – 5.2. La libertà di comunicazione dei detenuti. – 5.3. Il diritto alla salute dei detenuti. – 5.4. I diritti dei detenuti lavoratori. – 5.5. La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale. – 6. Immigrati e carcere: l'espulsione come pena alternativa alla detenzione. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

L'adesione delle costituzioni europee del secondo dopoguerra ai principi della *democrazia pluralistica* ha comportato, attraverso una rivisitazione delle esperienze del costituzionalismo europeo del primo dopoguerra, non solo l'*ampliamento dell'area e delle dimensioni dei diritti costituzionali*, che muove dalla evidente volontà di fornire una «immagine dell'uomo» costruita su *un patrimonio di diritti inviolabili*, ma anche una particolare attenzione al profilo della *effettività dei diritti costituzionali*, un aspetto, questo, che fa «dell'impegno a rimuovere le disuguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale … un tratto caratteristico della forma di stato di democrazia pluralistica» [1]. Anche se poi, a ben considerare l'uomo nella realtà delle sue condizioni

[1] Cfr. la pregevole rassegna introduttiva sull'evoluzione dei diritti fondamentali e le trasformazioni delle costituzioni di P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionali-*

di vita, non si può non concordare con l'analisi di Michele Ainis quando constata amaramente che lo sforzo teso a riequilibrare le posizioni di svantaggio per edificare una società più giusta e nel contempo più libera, è, comunque, «uno sforzo immane perché va contro natura, perché la vita stessa è fonte perenne di disuguaglianze» [2].

In quella, dunque, che è stata efficacemente definita da Norberto Bobbio «l'età dei diritti», anche la Costituzione italiana, al pari di quelle degli altri Stati europei, porta al centro del nuovo ordinamento repubblicano i diritti, o, *rectius*, «l'uomo con i diritti inviolabili» che gli sono *riconosciuti* e *garantiti* dalla Repubblica, e non semplicemente attribuiti [3], come tese appositamente a precisare in sede di Assemblea costituente l'on. Dossetti, per sottolineare la «precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella» [4].

E l'impianto dei diritti nella Costituzione italiana poggia, nel contempo, sia sul *principio pluralista* di cui all'art. 2, che sul *principio di eguaglianza sostanziale* accolto dal 2° comma dell'art. 3, principi tra i quali esiste un nesso molto stretto, dal momento che esprimono ambedue «l'opzione in favore di un disegno di trasformazione sociale e di "diffusione" delle *chances* di libertà, del quale "entrambi" dovevano essere il perno» [5].

In particolare, il programma di giustizia sociale delineato dalla nostra Carta costituzionale con una quantità di norme rivolte in favore dei soggetti più "deboli", o comunque «poste a tutela di chi incolpevolmente versi in una condizione di minorità sociale» [6] si esprime nella liberazione degli individui dal bisogno e nell'eliminazione delle disuguaglianze in fatto, pre-condizioni necessarie per rendere possibile l'accesso ad eguali *chances* di libertà e *l'effettivo godimento dei diritti* da parte del singolo.

---

*smo*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA-P. RIDOLA, I, Torino, 2001, p. 35 s., che richiama in proposito il pensiero di Carlo Rosselli, espresso in maniera particolarmente efficace nelle pagine del *Socialismo liberale*, laddove afferma che «la libertà, non accompagnata e sorretta da un minimo di autonomia economica, *dall'emancipazione dal morso dei bisogni essenziali*, non esiste per l'individuo, è mero fantasma».

[2] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 38.

[3] Così G.M. SALERNO, *I nostri diritti*, Roma-Bari, 2002, 23 ss.

[4] Cfr. *Atti Assemblea costituente*, I sottocommissione, seduta del 10 settembre 1946, in CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, Roma, Segretariato generale della Camera dei Deputati, 1976, 323 s.

[5] P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 36 s., che richiama in proposito il pensiero di Costantino Mortati.

[6] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 11 s.

Questo nella consapevolezza – come ebbe a dire Calamandrei – che il vero problema politico non è quello di riuscire ad inserire nella Costituzione le enunciazioni dei diritti sociali, ma è quello, ben più difficile, «di predisporre i mezzi pratici per soddisfarli e per evitare che essi rimangano come vuota formula teorica scritta sulla Carta, ma non traducibile nella realtà» [7].

Le medesime preoccupazioni riprese oggi anche in una recente raccolta di saggi di Ainis sulle «libertà negate», in cui è ben evidenziato come «la libertà non si potenzia aggiungendo altre caselle al catalogo dei diritti proclamati formalmente», ma creando le condizioni – sia materiali (un adeguato apparato di mezzi e risorse che renda azionabile il diritto), che formali (un quadro legislativo fatto di procedure e di regole chiare e certe) – per renderne effettivo l'esercizio; in altri termini, «la libertà non si esaurisce nella garanzia formale d'un diritto, ma piuttosto nella capacità d'accedervi in concreto» [8].

E questo disegno d'emancipazione sociale che, per dirla ancora con Calamandrei, costituisce la c.d. «rivoluzione promessa», è ben sintetizzato in Costituzione proprio nel fondamentale art. 3, 2° comma, che rappresenta il risvolto istituzionale del *principio di effettività dei diritti costituzionali*, e nell'amplissimo e sistematico riconoscimento di un vero e proprio catalogo di *diritti sociali*, la cui garanzia, peraltro, «non è una garanzia di tipo semplicemente legale o legislativo, ma è la garanzia propria dei diritti costituzionali (spesso dei diritti inviolabili) e dei valori costituzionali (spesso dei valori primari o supremi)»; ciò in quanto «la legge funge da mera *condicio sine qua non* e non da *condicio per quam*, che è invece già nella Costituzione» [9].

Il che significa che i diritti sociali non possono più costruirsi secondo il vecchio schema del «diritto del cittadino a una prestazione positiva da parte dello Stato, ma semmai come *pretesa ad una prestazione positiva rivolta allo stesso legislatore*» [10], dal momento che la Corte costituzionale – nell'assecondare con la sua giurisprudenza l'evoluzione giuridica di tali diritti, finendo con il «riconoscerli come "diritti perfetti" prima ancora che la dottrina rivedesse le proprie posizioni e le proprie definizioni» [11] – ne ha garantito, attraverso soprattutto il ricorso a sentenze di tipo additivo, una protezione giurisdizionale

---

[7] Cfr. A. PACE, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Pol. dir.*, 4, 1988, 695 ss.

[8] M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, Milano, 2004, 10 e 34 ss.

[9] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 69, per il quale «il fondamento della pretesa non sta nella legge che la rende eventualmente e gradualmente possibile in concreto, ma nella Costituzione».

[10] Così ancora F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 69 s.

[11] A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 28.

immediata per il solo fatto del loro riconoscimento, anche in assenza di una specifica disciplina attuativa posta dal legislatore ordinario [12].

E ciò sulla considerazione che anche i diritti sociali possono assurgere, al pari dei diritti fondamentali individuali, al rango di «diritti inviolabili e irretrattabili della persona, in quanto espressione di valori o principi costituzionali supremi» [13].

Del resto, che nello Stato sociale il ruolo del giudice delle leggi di promozione e soprattutto di garanzia dell'effettività dei diritti sociali si presentasse di grande rilievo era apparso ben chiaro sin da quella storica data del 14 giugno 1956 in cui la Corte costituzionale emetteva la sua prima sentenza – in cui sta «il germe della sua futura giurisdizione, con implicazioni e valenze politiche di opportunità» [14]– allorché i giudici della Consulta stabilivano che potessero fungere da parametro di costituzionalità anche le norme di natura programmatica contenute nella Costituzione, estendendo così la garanzia del controllo a tutto il piano costituzionale, ivi comprese quelle formule «di principio ed apparentemente più vaghe» utilizzate dal Costituente per la proclamazione dei diritti, che «hanno dimostrato nella prassi capacità espansive imprevedibili per gli stessi Padri costituenti» [15].

E così facendo la Corte viene a sancire la «giustiziabilità» del programma costituzionale, riconoscendone il suo pieno valore normativo, tanto da meritarsi l'appellativo di «giurisdizione costituzionale delle libertà» [16], a sottolineare la natura propria dell'organo di giustizia costituzionale «di giudice dei diritti, più che di giudice dei poteri», il ruolo in un certo senso di «cerniera» tra Costituzione, leggi e realtà effettuale svolto dalla Corte costituzionale «anche e soprattutto in materia di diritti» [17].

In questi anni, dunque, è gravato soprattutto sul giudice delle leggi il peso di una difesa intransigente dei diritti e dei valori unificanti che costituiscono il nucleo della prima parte della nostra Costituzione, ed, in particolare, del *valore costituzionale della solidarietà* che è alla base dello Stato costituzionale ad

---

[12] Cfr. E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto (Scritti in onore di Luigi Mengoni)*, III, Milano, 1995, 1792 s.

[13] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 66.

[14] F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1236; sulla reale portata della sent. n. 1/1956 cfr. altresì V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di venti anni di attività*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, 70 ss.

[15] G.M. SALERNO, *I nostri diritti*, cit., 12.

[16] Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 20, che richiama l'espressione di rara efficacia a suo tempo coniata da Mauro Cappelletti.

[17] Così ancora G.M. SALERNO, *I nostri diritti*, cit., 13, che sottolinea lo stretto collegamento del giudizio costituzionale con la tutela dei diritti e degli interessi che ciascuno può far valere in sede giurisdizionale.

orientamento sociale, stante il programma etico e politico della giurisdizione costituzionale, più volte enunciato, il quale impone che la Corte costituzionale non si sottragga «al dovere della più rigorosa salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini, tra i quali è primo quello di togliersi la fame» [18].

Ed effettivamente la Corte si è comportata in conformità a tale programma, operando una «reinterpretazione dell'eguaglianza sostanziale che mira segnare con il massimo rigore possibile i margini del costituzionalmente obbligatorio» [19], a garanzia del *contenuto minimo essenziale del diritto*, almeno in quei casi in cui entrano in giuoco «principi supremi», «valori» dell'ordinamento costituzionale, che sono «anche quasi sempre la matrice di altrettanti diritti sociali dettati dal costituente in difesa dei più deboli»: non abbienti, poveri al limite della sussistenza, categorie in stato di sottoprotezione o, comunque, meritevoli di particolare tutela, nei cui confronti l'operato della Corte costituzionale ha avuto un duplice positivo riflesso.

Da un lato, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha fornito un contributo determinante al riconoscimento in favore dei diritti sociali di «uno statuto concettuale adeguato, in grado di farli uscire dal limbo del pregiuridico o, comunque, dalle incertezze definitorie in cui da sempre si muovevano» [20], da quella situazione di «minorità» conseguente alle vicende storiche della loro affermazione. Nel quadro costituzionale, dunque, i diritti sociali, considerati finalmente in maniera unitaria con i diritti di libertà – stante la rilevata impossibilità di tracciare tra loro una linea netta di demarcazione, con la conseguente difficoltà di continuare a predicarne la radicale diversità strutturale – si pongono come «strumenti sia per assicurare il pieno godimento delle libertà tradizionali, sia per realizzare il cosiddetto principio di eguaglianza sostanziale» [21]. Tant'è che ai giorni nostri continuare a contrapporre *libertà* ed *eguaglianza*

---

[18] Così si è espresso il Presidente della Corte costituzionale Francesco Paolo Casavola nella Conferenza stampa tenuta il 15 giugno 1994 a seguito della pubblicazione della rilevante – anche sotto il profilo economico – sent. 13 giugno 1994, n. 240, in tema di «cristallizzazione» delle doppie pensioni integrate al minimo (per un'approfondita ricostruzione della vicenda sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 114 ss. e 225 ss.). Tuttavia, già nella sent. 25 febbraio 1988, n. 217 i giudici della Consulta esponevano il programma etico e politico della giurisdizione costituzionale, sottolineando come alla base ci sia la considerazione di fondo che «creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire ad un maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale …, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso».

[19] C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati*, *argomento delle risorse disponibili*, *principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994, 554 s.

[20] Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 3.

[21] E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, cit., 1774.

appare veramente «un puro non senso storico», dal momento che oggi la riconciliazione «fra i due termini dell'originaria coppia *oppositorum* … si fa esigenza storica e concettuale ineludibile» [22]. La piena tutela della libertà in sé, infatti, dovrebbe portare ad una eguaglianza sempre più piena: è questa, secondo l'efficace sintesi di Mario Dogliani, «la sfida (non ancora vinta) della democrazia».

E così i diritti sociali, «nati come diritti dei pochi e dei molti, ma non come diritti di tutti» – in quanto originariamente finalizzati a rimuovere le disuguaglianze e l'ingiustizia della posizione di partenza – sono «diventati diritti di tutti», corrispondendo anch'essi, in astratto, a posizioni che potenzialmente chiunque può occupare [23] e finendo per collocarsi in questo modo «al cuore delle diversità che caratterizzano le democrazie pluraliste» [24]: tutti, infatti, «in questa o in quella circostanza della vita, possiamo trovarci ad essere titolari di interessi deboli, non pienamente garantiti» [25].

D'altro lato, il progetto di emancipazione in favore dei soggetti deboli portato avanti dalla giurisprudenza costituzionale ha finito con l'introdurre anche la Corte costituzionale nel «circuito degli organi costituzionali preposti alla tutela dei più deboli»; in altre parole, «garantendo i non garantiti, il tribunale costituzionale ha così rafforzato anche se stesso, ha esteso la propria sfera d'influenza nel sistema di governo», fermo restando che un organo di garanzia qual è la Corte «ha per vocazione di razionalizzare l'ordinamento vigente, ma non gli si può chiedere di progettare il futuro» [26].

In questo senso, la Corte costituzionale – a dispetto delle accuse mosse nei suoi confronti di «straripamento» dall'alveo delle competenze costituzionalmente assegnatele – ha raccolto la domanda d'eguaglianza che sale dai più svantaggiati, e l'ha opportunamente dirottata verso chi ha istituzionalmente la

---

[22] Da un lato, infatti, la democrazia contemporanea «non può fare a meno delle libertà, perché senza i diritti fondamentali sviluppatisi dall'idea di libertà essa è pura apparenza»; e d'altro lato, «non può, ovviamente, fare a meno dell'eguaglianza, perché senza l'eguaglianza, l'universalità del suffragio, che della democrazia è presupposto logico e storico, verrebbe a mancare»: cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 105.

[23] Cfr. G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, II, 759 e 781, che evidenzia come la condizione storica dei diritti sociali – diritti di soggetti svantaggiati rispetto alla generalità dei cittadini – non coincide con lo statuto teorico.

[24] C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 23.

[25] Così M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 13 s., secondo cui a turno tutti, nel momento in cui ci capita d'imbatterci in situazioni di disagio o di minorità sociale, possiamo essere soggetti deboli, «diseguali rispetto ad altre categorie di consociati, diventando perciò portatori di una domanda di *eguaglianza*».

[26] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 20 s. e 38.

responsabilità di provvedere, il legislatore, cui ha sostanzialmente riconosciuto il suo legittimo ruolo di protagonista nell'attuazione del programma costituzionale in difesa dei più deboli, attribuendogli in via generale, e non da oggi, «la potestà di riconoscere le differenze che la realtà esprime e di adeguare ad esse le proprie determinazioni» [27].

Da parte sua, la Corte si è riservata un ruolo di *controllo*, che si è rivelato altrettanto importante, affinché «tale processo non degeneri rispetto alle conquiste già raggiunte» [28] ed il legislatore non operi discriminazioni adottando *trattamenti irragionevolmente differenziati*, non consentiti dal principio di eguaglianza, inteso dalla giurisprudenza costituzionale non solo come divieto di distinzioni personali (*eguaglianza davanti alla legge*), ma, soprattutto, come divieto di distinzioni non ragionevolmente giustificate (*eguaglianza nella legge*), che pone, a sua volta, le basi di un divieto ben più pregnante, quello di leggi irrazionali.

In questo modo il principio di eguaglianza – che perde certezza, ma acquista pervasività ed incisività – diventa *principio di ragionevolezza*, espressione di un più generale *canone di coerenza* dell'intero ordinamento, che rappresenta «il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile …, nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore» [29].

## *2. La «diversità» dei detenuti per il presunto assoggettamento ad un rapporto di «supremazia speciale»*

I soggetti deboli interessati dal programma costituzionale di emancipazione sociale innanzi delineato, nella cui realizzazione la giurisprudenza costituzionale ha da sempre svolto, come si è visto, un ruolo fondamentale, possono essere considerati, in definitiva, tutti quei soggetti che versino in una condizione di «diversità», *diversi* «rispetto ad un parametro di normalità sociale, … o altrimenti diversi perché assoggettati a rapporti di supremazia speciale» [30], come

---

[27] Cfr. già in tal senso la sent. n. 40/1965.

[28] Così M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 23.

[29] Cfr. la sent. n. 204/1982 (in *Giur. cost.*, 1982, 2146 ss.), richiamata anche da R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2004, 456 ss., i quali rilevano come la regola di coerenza implicita nel principio di eguaglianza lascia il legislatore libero di scegliere le finalità, il «principio» da sviluppare con le sue disposizioni, ma una volta che ha scelto il «principio» deve «svilupparlo con coerenza, senza escludere dalla fattispecie situazioni in essa ragionevolmente sussumibili e senza includervi situazioni ragionevolmente distinguibili».

[30] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 12.

nel caso, ad esempio, dei *detenuti*, oggetto specifico della nostra indagine, questo «popolo invisibile che vive attorno a noi …, cresce a dismisura, s'allarga, si moltiplica sull'onda di un'opinione pubblica sempre più allarmata, e perciò sempre più intransigente con chi mette il piede in fallo» [31].

Il che significa voler disconoscere la reale portata delle previsioni costituzionali, nel cui ambito assume rilievo centrale il *principio di umanizzazione della pena*, con il connesso *principio della funzione rieducativa della pena* stessa, i quali non rappresentano altro che un'estrinsecazione del «*principio di personalità e pari dignità di tutti*» ben più ampio e ricco di significato, applicato nel caso di specie alla particolare condizione del detenuto, a cui la Carta costituzionale riconosce il rispetto della personalità, nonché dei diritti fondamentali il cui esercizio non sia incompatibile con lo stato di detenzione [32].

La riflessione si incentrerà, dunque, nel verificare tanto la compatibilità delle previsioni contenute nella normativa penitenziaria – dirette a realizzare un difficile equilibrio tra i diritti dei detenuti e le esigenze della vita carceraria – rispetto al dettato costituzionale, stante anche la connotazione particolarmente garantista della nostra Carta, caratterizzata dalla centralità del principio di umanizzazione della pena, quanto il grado di effettività assicurato a tali diritti dalla medesima disciplina, destinato a riflettersi inevitabilmente sulla stessa consistenza dei diritti che vengono in considerazione con riferimento alla condizione detentiva.

E ciò nella consapevolezza, tuttavia, che tanto le esigenze di sicurezza insite nella vita carceraria, quanto quelle di protezione della sfera giuridica dei cittadini rispettosi della legalità, non possono in ogni caso comportare – se non a costo di vanificare l'altrettanto fondamentale esigenza di «protezione del reo dall'arbitrio del potere legale» [33] – la *totale* compressione delle garanzie costituzionali riconosciute ai detenuti, dal momento che nelle operazioni di *bilanciamento tra diritti*, il singolo diritto potrà subire limitazioni, «in ragione della salvaguardia dei valori con esso configgenti», soltanto «fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi la sua ineliminabile ragion d'essere» [34].

Ed, in ogni caso, il bilanciamento tra «esigenze di sicurezza e garanzia della dignità individuale si trova già risolto *a priori*, a tutto favore del secondo termine», dal momento che muovendo dall'esigenza di tutelare la sicurezza e

---

[31] Così M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, cit., 101.

[32] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 7.

[33] G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. e società*, 1986, 459 ss., che sottolinea l'influenza «bidirezionale» dei diritti costituzionali sul diritto penale.

[34] Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 11.

l'ordine pubblico non si può rendere «in pratica proponibile all'opinione pubblica ciò che altrimenti non sarebbe comunque accettabile», ovvero «una compressione sempre maggiore – e tanto più subdola perché graduale – delle sfere di azione dei singoli», tanto sul piano delle libertà individuali, come su quello dei diritti [35].

Né vale appellarsi alla teoria della «supremazia speciale» per fornire una giustificazione teoretica alle «più disparate restrizioni dei diritti dei detenuti, compiute «fuori» dalle garanzie previste dalla Costituzione, in quanto considerate «naturali» conseguenze dello stato detentivo», dal momento che la stessa disciplina «speciale» «non può non considerarsi parte dell'ordinamento normativo statale», ed, in quanto tale, non può non porsi in un rapporto di continuità con la Costituzione [36], per essere ricondotta «nell'ambito del generale ordinamento statale rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini» [37].

Del resto, l'eventuale soggezione dei detenuti ad un potere di «supremazia speciale» esercitato nei loro confronti dallo Stato non varrebbe «a costituire i destinatari di esso quali soggetti di un ordinamento separato da quello statale» [38], se non a costo di presupporre «una (inammissibile) estraneità del *sistema penitenziario* all'ordinamento generale», al di fuori delle disposizioni costituzionali che affermano il superamento dei c.d. ordinamenti «interni» o «separati» «sia per il tramite del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) sia per effetto del riconoscimento all'individuo dei diritti fondamentali inviolabili, ad esso garantiti come singolo e nelle formazioni nelle quali si svolge la sua personalità (art. 2 Cost.)» [39].

Pertanto, il superamento della teoria della «supremazia speciale» è segnato, anche con riferimento alla condizione dei detenuti, dall'operatività stessa dei principi costituzionali, primi fra tutti quello dell'eguaglianza dei cittadini (siano essi devianti o non devianti) e quello della libertà e della personalità umana, la

---

[35] Cfr. F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, in A. GRANELLI-M.P. PATERNO (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, Roma, 2004, 120 ss., il quale, sebbene con particolare riferimento all'uso della tortura, ritiene che questo sia l'esito costituzionalmente obbligato del bilanciamento, operato secondo un «criterio di ponderazione plurima» tra beni contrapposti: «sicurezza e libertà collettive da un lato, libertà e dignità individuali, nonché rispetto dell'integrità psicofisica del singolo, dall'altro.

[36] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 12 s., che una volta verificata la scarsa tenuta teoretica della supremazia speciale, fa rientrare tale teoria tra i *pre-giudizi* ricorrenti tra gli interpreti e da rimuovere.

[37] Cfr. in tal senso la sent. n. 449/1999 (in *Giur. cost.*, 1999, 3870 ss.), attraverso cui la Corte costituzionale «supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare».

[38] F. MODUGNO, «*L'ordinamento» militare è in estinzione?*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, Milano, 1987, I, 456.

[39] Cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 8 s. del dattiloscritto.

cui garanzia costituzionale potrà dirsi pienamente raggiunta soltanto allorché «si sarà del tutto cancellato il convincimento che la sospensione delle libertà per effetto della carcerazione comporti anche la sottoposizione del condannato a regole speciali, che vogliono la sua completa soggezione non solo a tali regole, ma anche a coloro che le fanno rispettare» [40], stante le «condizioni di inferiorità rispetto ai suoi custodi, che possono con estrema facilità diventare i suoi aguzzini» [41].

Da un lato, infatti, il canone della ragionevolezza, dall'altro le garanzie fondamentali poste a tutela delle libertà costituzionali, «richiamano nelle loro fondamenta l'esigenza che il legislatore rispetti paritariamente ogni individuo e dunque la sua propria dignità»», che rappresenta, in definitiva, il limite invalicabile che vale per tutte le possibili «ragioni di Stato» eventualmente invocabili a fondamento degli atti limitativi dei diritti [42].

In definitiva, i limiti imposti al potere punitivo vanno rinvenuti nello stesso patto costituzionale da cui trae origine, che vede nel diritto penale «uno strumento di difesa e garanzia di tutti: della maggioranza non deviante ma anche della minoranza deviante»; e, pertanto, per risultare effettivamente tale, non può che configurarsi come un *diritto penale minimo*, ovvero come «tecnica di minimizzazione della violenza nella società: della violenza dei delitti, ma anche di quella delle reazioni ai delitti», realizzando così nel contempo il duplice scopo «della prevenzione e della minimizzazione dei reati, ma anche della prevenzione delle reazioni informali ai reati e della minimizzazione delle pene» [43].

## 3. *La storia dell'ordinamento penitenziario italiano dall'Unità ad oggi tra continuità e discontinuità*

Lo studio che si va conducendo impone a questo punto una riflessione storica su quella che Neppi Modona ha efficacemente definito *la «storia peniten-*

---

[40] G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 355.

[41] Così V. CRISAFULLI, *Manuale dei diritti del cittadino*, Roma, 1950, 52 s., per il quale ciò riconferma come una persona detenuta per qualsiasi titolo «si trova naturalmente esposta alla possibilità di angherie e vessazioni di ogni genere».

[42] G.M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, in A. GRANELLI-M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, cit., 191 s.

[43] L. FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, in M. PALMA (a cura di), *Il vaso di Pandora. Carcere e pene dopo le riforme*, Roma, 1997, 18 s., secondo cui il paradigma del diritto penale minimo assume come unica giustificazione del diritto penale non, genericamente, la difesa sociale, ma il suo ruolo di legge a difesa del più debole, «che nel momento del reato è la parte offesa, nel momento del processo è l'imputato e in quello dell'esecuzione penale è il reo». Sul punto v. *amplius* la pregevole opera sempre di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, *passim.*

*ziaria*» *italiana*, se non altro per ricostruire il contesto normativo in cui si è venuta ad inserire la Costituzione repubblicana e l'incidenza che i principi costituzionali hanno avuto sull'assetto complessivo delle disposizioni in tema di esecuzione delle pene.

A questo proposito, l'ordinamento penitenziario appare essere stato caratterizzato, a partire dall'esperienza dello Stato liberale e sino a quella del primo trentennio dell'Italia repubblicana, da «una sostanziale continuità di indirizzi legislativi e di prassi operative», verificabile, in particolare, attraverso «tre punti di forza», che hanno caratterizzato l'intero periodo storico considerato, sino all'approvazione della c.d. *riforma penitenziaria* di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354 [44].

In primo luogo, il carcere è considerato e disciplinato come «luogo impermeabile e isolato dalla società libera», in maniera tale da porre i detenuti in una situazione di «totale emarginazione e separazione, ben oltre le ovvie esigenze di sicurezza necessariamente destinate ad accompagnare la pena privativa della libertà» [45].

Il secondo elemento di continuità è costituito dal «clima di violenza» che ha caratterizzato la storia dei nostri istituti penitenziari, sino ad assurgere a «regola di governo dei rapporti non solo tra i detenuti, ma tra custodi e custoditi» [46].

Da ultimo, un ulteriore elemento di continuità è rappresentato dalla previsione di «una struttura burocratica rigidamente centralizzata e verticistica dell'amministrazione penitenziaria», secondo un indirizzo diretto a deresponsabilizzare le autorità penitenziarie locali, privandole di qualsiasi autonomia decisionale, come testimonia la totale subordinazione dei direttori nei confronti della direzione generale delle carceri. Questo «rigidissimo controllo gerarchico crea un appesantimento burocratico che si traduce in ulteriori forme di violenza» per singoli detenuti, la cui vita viene così ad essere controllata sin nei minimi particolari dalla direzione generale [47].

---

[44] Cfr. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 43.

[45] G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 43, che sottolinea come l'isolamento e limpermeabilità dell'istituzione carceraria trovino conferma, rispettivamente, nella «fobia nei confronti della stampa quotidiana e periodica», nonché in un vero e proprio «ostracismo per le visite agli stabilimenti di persone estranee all'amministrazione».

[46] Così G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 43 s., il quale rileva che la violenza è l'effetto congiunto tanto delle condizioni materiali di estremo disagio in cui si svolge la vita quotidiana negli istituti penitenziari, quanto dell'estremo rigore degli obblighi e delle relative sanzioni disciplinari posti a carico sia del personale di custodia che dei detenuti, tale da determinare un clima conflittuale di continua tensione.

[47] Cfr. ancora G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 44 s.

È evidente come nel richiamato contesto normativo, in cui la condizione del recluso si caratterizzava in termini di «separazione-segregazione», nonché per la «costante violazione delle più elementari regole del rispetto della dignità della persona», era destinata, almeno in una prima fase, a restare in ombra la fondamentale «svolta politico-costituzionale segnata dall'affermazione costituzionale del principio di umanizzazione della pena» e la connessa problematica della consistenza e dell'effettiva tutelabilità dei diritti dei detenuti, i quali «venivano in rilievo per lo più dal punto di vista della loro compressione» [48].

Tuttavia, la portata significativamente innovativa impianto complessivamente garantista della nostra Carta costituzionale richiedeva, comunque, una «rivisitazione legislativa delle forme di restrizione della sfera giuridica del detenuto connesse all'esecuzione della sanzione penale», al fine di assicurarne la conformità al principio di umanizzazione della pena, come pure al connesso principio della funzione rieducativa della pena stessa (art. 27, 3° comma, Cost.), ed agli altri principi costituzionali che, pur non riguardando, in molti casi, direttamente «la fase della esecuzione della pena o, comunque, la condizione detentiva», esprimono la connotazione garantista della nostra Carta», ed hanno in ogni caso incidenza indiretta sulla disciplina penitenziaria.

Il riferimento è, in primo luogo, al riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2, all'affermazione della «pari dignità sociale»» di tutti i cittadini ed all'assegnazione alla Repubblica del compito di «rimuovere gli ostacoli» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana» *ex* art. 3. Viene poi in considerazione l'art. 13, che, al 2° comma, prevede che le restrizioni della libertà personale possano essere disposte nei soli casi e modi previsti dalla legge (c.d. riserva assoluta di legge) e con atto motivato dell'autorità giudiziaria (c.d. riserva di giurisdizione); il medesimo articolo statuisce inoltre, al 4° comma, che sia «punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», ed al successivo quinto ed ultimo comma attribuisce alla legge la determinazione dei limiti massimi della carcerazione preventiva. Vanno quindi richiamate le specifiche garanzie poste a limite della potestà punitiva dello Stato (artt. 25, 2° e 3° comma e 27, 1° comma), a cui si accompagnano altresì la disposizione sulla presunzione di non colpivolezza, concepita come canone informatore della condizione da riservare all'imputato sino alla sentenza definitiva di condanna (art. 27, 2° comma), e quella che riserva alla legge il compito di determinare le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari (art. 24, 4° comma). Da ultimo, ma non certamente per importanza, vengono in rilievo le diverse previsioni costituzionali che riguardano la tutela giurisdizionale dei diritti: da quelle

[48] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 23.

che riconoscono la difesa come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 24, 1° comma), a quelle che introducono i principi della precostituzione del giudice, ovvero del giudice naturale (art. 25, 1° comma), per arrivare infine, senza alcuna pretesa di completezza, alla disposizione, introdotta più di recente, e diretta a garantire che la giurisdizione si attui mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111) [49].

Peraltro, accorre aggiungere, come rilevato autorevolmente in dottrina da Neppi Modona, che gli stessi Padri costituenti incentrarono il dibattito più sui «rapporti tra gli astratti principi in tema di finalità e funzione della pena che sulle sue concrete modalità di esecuzione», riservando così uno scarso approfondimento ai temi penitenziari; non ebbero, in sostanza, consapevolezza del fatto che i richiamati principi costituzionali «sarebbero rimasti lettera morta se non fossero stati accompagnati da un radicale rovesciamento» della disciplina «affittiva ed inutilmente punitiva» del Regolamento Rocco del 1931 che era rimasto tuttora in vigore.

A ciò aggiungasi che quando nei primi anni dell'Italia repubblicana si decise di porre finalmente mano alla *riforma penitenziaria* – resasi ormai non più differibile per l'avvento della nuova Carta costituzionale – le difficoltà emerse nella sua realizzazione erano riconducibili al fatto che tutti i progetti riformatori elaborati rimanevano «affidati all'iniziativa degli uffici ministeriali … propensi a mantenere fermi l'organizzazione centralizzata e gerarchica dell'amministrazione carceraria, l'esclusione dei rapporti con il mondo esterno …, nonché gli sperimentati modelli di governo basati sul sistema disciplinare delle punizioni e delle ricompense» [50].

Pertanto, è soltanto con il mutamento del clima politico-istituzionale alla fine degli anni '60 che il lungo e tormentato cammino della riforma penitenziaria approda infine all'approvazione della legge 26 luglio 1975, n. 354, con cui vengono dettate le nuove norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale, ed i cui principi generali se da un lato si uniformano finalmente alle indicazioni contenute nell'art. 27, 3° comma, Cost., dall'altro danno seguito, seppur parziale, ad altri fondamentali principi costituzionali, «primo fra tutti il riconoscimento e la ga-

---

[49] Cfr. in proposito il quadro ricostruttivo dei principi costituzionali delineato da M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e idiritti dei detenuti nella Costituzione italiana* – Relazione al Convegno su «*Costituzione e diritti dei detenuti. Eperienze costituzionali comparate: Argentina e Italia*», Roma, 4-5 novembre 2004, 2 del dattiloscritto.

[50] Le citazioni sono tratte da G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 46, che rileva come le spinte parlamentari verso innovazioni più radicali sono destinate ad uscire perdenti nel confronto con «la continuità e l'impermeabilità», nonché «la forza di conservazione» delle strutture burocratiche ministeriali, tendenzialmente immutate malgrado il succedersi dei governi e delle legislature.

ranzia dei diritti inviolabili, il cui esercizio dovrebbe sempre essere consentito ove non contrasti con le esigenze della vita carceraria» [51].

Nel primo senso è sufficiente richiamare l'articolo di apertura della succitata legge, che si apre significativamente con la previsione secondo cui il trattamento penitenziario «deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» (art. 1, 1° comma); previsione che riassume in sé la «filosofia» che ispira la nuova disciplina sull'ordinamento penitenziario, la quale peraltro si fonda anche sulle «Regole minime per il trattamento dei detenuti», approvate nel 1973 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e rivisitate nel 1987 con il titolo «Regole penitenziarie europee» [52].

La figura del «detenuto-persona è posta al centro dell'esecuzione penitenziaria e diviene protagonista attiva del trattamento in istituto», all'interno del quale «deve poter svolgere la propria personalità, compatibilmente con la situazione di privazione della libertà personale» [53]; ed il rispetto della personalità del detenuto si esprime anzitutto nella previsione per cui i detenuti e gli internati debbono essere chiamati o indicati con il loro nome (art. 1, 4° comma) e non più con il numero di matricola, secondo una «secolare tradizione delle istituzioni penitenziarie italiane» [54].

In altre parole, ponendo alla base del trattamento penitenziario i valori della «*umanità*» e della «*dignità della persona*», è la figura del detenuto a venire in primo piano e non più «la dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria con le esigenze di disciplina ad essa connesse». A tali valori fa, inoltre, da naturale corollario l'introduzione dell'importante principio della *assoluta imparzialità* nei riguardi di tutti i detenuti (art. 1, 2° comma) e della *parità di condizioni di vita* negli istituti penitenziari (art. 3), che costituisce «una significativa applicazione del principio costituzionale di eguaglianza» [55].

---

[51] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 26.

[52] Cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 11 del dattiloscritto; ed in termini analoghi M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Torino, 2005 (in corso di pubblicazione), 15 del dattiloscritto.

[53] Il carcere viene così ad essere concepito, alla luce dell'art. 2 Cost., come una formazione sociale: cfr. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 16 del dattiloscritto, la quale evidenzia che al centro dell'esecuzione penale non c'è più il fatto-reato, bensì «il soggetto che, condannato come autore del reato, deve essere sottoposto all'espiazione della pena».

[54] G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 49.

[55] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 26 s., secondo cui ciò, pur comportando il *divieto di discriminazioni*, non esclude, tuttavia, che da un punto di vista operativo possa realizzarsi una *differenziazione* nel trattamento penitenziario, ad esempio per gli imputati in stato di detenzione e per i detenuti minorenni, in conformità ai principi costituzionali di cui all'artt. 27, 2° comma, e 31, 2° comma.

Nella medesima prospettiva di *valorizzazione della persona umana* si muove anche la previsione secondo cui il trattamento «è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti» (art. 1, 6° comma), affinché sia rispondente «ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto» (art. 13, 1° comma), «avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive» (art. 15, 1° comma) [56]. E dal momento che il trattamento deve tendere al reinserimento sociale dei detenuti (art. 1, 6° comma), particolare rilievo viene riconosciuto ai «contatti con il mondo esterno», favoriti dall'introduzione dei permessi premi concessi proprio per coltivare «interessi affettivi, culturali o di lavoro» (art. 30 *ter*) [57].

Da ultimo, occorre rilevare come, per effetto del quadro profondamente innovativo introdotto con le norme relative al trattamento penitenziario, lo *status* di detenuto o di internato «non solo non fanno venire meno la posizione di soggetto titolare di diritti, ma ne attribuiscono di nuove» [58], come testimonia la previsione di fondamentale importanza diretta ad assicurare ai detenuti ed agli internati l'esercizio personale «dei diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale» (art. 4). Il che significa *riconoscere al detenuto una propria soggettività giuridica*, una volta «identificato e definito quale titolare di diritti e di aspettative» e «legittimato all'agire giuridico proprio nella qualità di titolare di diritti che appartengono alla condizione di detenuto» [59].

In definitiva, la riforma penitenziaria del 1975, nel momento in cui fissa limiti stringenti «ai poteri degli organi statuali che operano in sede penitenziaria», imponendo loro «un complesso di regole di comportamento e di organizzazione», finisce con il garantire ai detenuti «una serie di diritti, poteri e facoltà», del cui rafforzamento si farà strenuo difensore, come si vedrà nel prosieguo, proprio il giudice costituzionale; E ciò anche in considerazione del fatto che il legislatore, proprio per sottolineare la centralità riconosciuta alla

---

[56] Il trattamento non è più, dunque, limitato alle tre tassative regole previste dal Regolamento del 1931: religione, istruzione e lavoro.

[57] Cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 12 del dattiloscritto. Sulle difficoltà di applicazione che hanno trovato le norme relative al trattamento v. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 49 s., secondo cui il problema è imputabile oltre al persistere di un eccessivo sovraffollamento delle carceri, soprattutto alla «progressiva trasformazione qualitativa della popolazione carceraria», che ha dato luogo al delinearsi di nuove e differenziate categorie di detenuti, tali da «rendere problematica l'applicazione delle regole di trattamento dettate in maniera uniforme dalla legge».

[58] M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost*., cit., 16 del dattiloscritto.

[59] Così G. LA GRECA, *sub art. 4*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2000, 34.

materia, «decide di utilizzare norme di rango legislativo, … consentendo così l'intervento della Corte costituzionale sulle norme medesime» [60].

Tuttavia, alla riforma penitenziaria si sarebbe dovuta accompagnare «una radicale revisione del sistema sanzionatario», che avrebbe dovuto affiancare «alla pena detentiva una vasta gamma di sanzioni non privative della libertà», ma che purtroppo non si è realizzata, facendo nel contempo naufragare tutte i piani di contenimento della popolazione carceraria. Ciò ha rappresentato, insieme al conseguente crescente sovraffollamento carcerario, la principale causa della «crisi dell'ordinamento penitenziario e della inattuazione della maggior parte degli istituti attraverso cui avrebbe dovuto realizzarsi il trattamento dei detenuti, in vista del loro recupero individuale e sociale» [61].

Per concludere questo sintetico *excursus* sulla normativa italiana, occorre ricordare che l'ordinamento penitenziario – che è stato successivamente rivisitato in alcuni punti qualificanti dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini) – è stato di recente interessato da significativi «aggiustamenti», che consentissero di affrontare problemi «vecchi», ma sempre attuali, quali, tra gli altri, il sovraffollamento e l'inadeguatezza delle strutture carcerarie (legge 27 maggio 1998, n. 165, c.d. legge Simeone e legge 23 dicembre 2000, n. 388); le condizioni igienico-sanitarie (d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230 e legge 12 luglio 1999, n. 231); la carenza degli organici dell'amministrazione penitenziaria (d.lgs. 21 maggio 2000, n. 146); il limitato ricorso all'area penale «esterna» (legge 8 marzo 2001, n. 40 e legge 22 giugno 2000, n. 193). A ciò aggiungasi l'entrata in vigore del nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario – adottato con il d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, in sostituzione del precedente, risalente ormai al 1976 – definita da Marco Ruotolo a buon diritto «la più importante realizzazione del movimento riformatore di questi anni», che, nell'adeguare la disciplina esecutiva carceraria alle modifiche normative sopravvenute *medio tempore* – nell'ottica di favorire sempre le esigenze di *umanizzazione del trattamento penitenziario* – detta importanti disposizioni con riferimento «alla regolamentazione delle modalità trattamentali e di disciplina, nonché dell'area della «esecuzione penale esterna», ormai composta da una pluralità di misure alternative alla detenzione» [62].

Prima di concludere questo sintetico quadro legislativo, non si può non rilevare il ruolo centrale e determinante assunto anche dalla *normativa sopranazionale* nel richiamato processo di umanizzazione del trattamento penitenziario, a cominciare da quanto previsto a livello internazionale dalla *Dichiarazio-*

---

[60] Cfr. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost*., cit., 16 del dattiloscritto.

[61] Così G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 48.

[62] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 32 ss., cui si rinvia per un quadro più analitico degli interventi normativi che nella XIII e XIV legislatura hanno interessato il sistema carcerario.

*ne universale dei diritti dell'uomo* del 1948, il cui art. 5 statuisce che «nessun individuo potrà essere sottoposto a tortura o a trattamento o a punizione crudeli, inumani o degradanti» [63], e dal *Patto internazionale sui diritti civili e politici* del 1966, che non si limita a disporre che «qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana» (art. 10, 1° comma), ma nel successivo 3° comma soggiunge che, in ogni caso, «il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale».

Anche in ambito europeo, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale* del 1950, all'art. 3, consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche, statuendo che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti», espressione, come si è detto, «apodittica che sembra quasi certificare il tenore pleonastico di una disposizione chiamata a sancire un dato etico che dovrebbe essere assunto come essenzialmente acquisito dalla tradizione costituzionale europea» [64].

A tale documento – di «straordinaria importanza giuridica e fondamento di tutti i successivi sviluppi del diritto europeo dei diritti dell'uomo» [65] – si affianca, per quel che concerne più specificamente il settore penale, la *Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti* del 1987, da cui scaturisce l'istituzione del Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti (CPT), nonché le *Regole penitenziarie europee* (rivisto, da ultimo, nel 1987), in cui trovano posto, rispettivamente agli artt. 1 e 2, i due fondamentali principi del rispetto della dignità umana e del divieto di discriminazioni.

Quest'ultimo testo, in particolare, conferma ed arricchisce «i postulati del principio di umanizzazione della pena, ruotanti attorno al pervasivo valore del rispetto della dignità umana», cui fa da corollario, come si è visto, «il ricorrente divieto della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti»; principi che rappresentano ormai un elemento ricorrente tanto nella normativa

---

[63] Cfr. altresì gli artt. 8, 9, 10 e 11, 1° comma della medesima Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

[64] F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, in A. GRANELLI-M.P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, cit., 165 s., che rileva come le disposizioni della Convenzione europea si muovano alla «ricerca del minimo essenziale di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali», che, peraltro, «dovrebbero già essere adeguatamente protetti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri». E la peculiarità che contraddistingue il richiamato art. 3 è quella di essere la sola disposizione della Convenzione «a non contemplare alcun limite, o meglio, alcuna giustificazione agli eventuali limiti che gli Stati potrebbero legittimamente opporre all'esercizio del diritto medesimo».

[65] Così ancora F. BILANCIA, *Anche l'Europa condanna la violenza di Stato*, cit., 164.

sopranazionale, quanto nelle disposizioni in tema di diritti delle Costituzioni nazionali, e che si trovano oggi ripresi nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, la quale in apertura pone a fondamento dell'Unione proprio il valore centrale riconosciuto all'inviolabilità ed al rispetto della dignità umana (art. 1), per poi, al successivo art. 4, ribadire che «nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti» [66].

Il che conferma la consapevolezza di trovarci di fronte a principi universali [67], fatti propri anche dal cristianesimo, tanto che nella dottrina sociale cattolica la pena «non serve unicamente allo scopo di difendere l'ordine pubblico e la sicurezza delle persone», ma diventa «uno strumento per la correzione del colpevole», per «favorire il reinserimento delle persone condannate» e, più in generale, per «promuovere una giustizia riconciliatrice, capace di restaurare le relazioni di armonica convivenza spezzate dall'atto criminoso». Al pari la dottrina sociale della Chiesa respinge con forza il ricorso alla pratica della tortura, «che nulla potrebbe giustificare e in cui la dignità dell'uomo viene avvilita tanto in colui che viene colpito quanto nel suo carnefice» [68].

## 4. *Il principio di umanizzazione e quello di «tendenziale» finalità rieducativa delle pene: dal primato della persona umana del detenuto alla concretizzazione dei suoi diritti in carcere*

Dal rapido *excursus* normativo compiuto sia a livello nazionale, che europeo ed internazionale, emerge, tuttavia, «uno scarto troppo netto fra le solenni dichiarazioni normative e la misera realtà dei rapporti sociali». Nell'ordinamento penitenziario italiano innanzi delineato, infatti, al «popolo invisibile e dolente» dei carcerati non è che «manchino i diritti, le garanzie formali», ne

---

[66] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 40 ss, che oltre all'art. 4 richiama anche gli artt. 47, 48, 49 e 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per il cui commento si rinvia, tra i tanti, a R. BIFULCO-M. CARTARIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

[67] Principi che, proprio in quanto tali, dovevano necessariamente trovare «un ancoraggio a qualcosa di obbiettivo, di più forte delle ragioni e delle volontà politiche che si sarebbero affermate nella successione del tempo»: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 89.

[68] PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, Roma, 2004, 220 s., in cui si evidenzia altresì il fatto che la Chiesa vede come un segno di speranza «*la sempre più diffusa avversione dell'opinione pubblica alla pena di morte* …, in considerazione delle possibilità di cui dispone una moderna società di reprimere efficacemente il crimine in modi che, mentre rendono inoffensivo colui che l'ha commesso, non gli tolgono definitivamente la possibilità di redimersi».

hanno certamente a sufficienza, ma, purtroppo, sono «diritti di carta», come li definisce Ainis, «affermati, ma quasi mai pienamente esercitati» [69].

Può essere illuminante richiamare in proposito il severo giudizio autorevolmente espresso in dottrina con riferimento alla riforma penitenziaria del 1975, per effetto della quale il nuovo regime carcerario «è indubbiamente più umano e meno affittivo, ma non è meno illiberale e totalizzante», in quanto «alla coercizione fisica esso tende a sostituire la coercizione morale; alla durezza delle condizioni di vita, il condizionamento persuasorio delle coscienze; alla sorveglianza e alla disciplina dei corpi, l'osservazione e la sottomissione delle anime». È così che il detenuto si è trasformato «da soggetto passivo di repressione, soggetto attivo di auto-repressione» [70].

Ancora oggi, infatti, «la sofferenza inflitta, *purché invisibile*, » può essere tollerata, come «lo è il carcere per i detenuti già condannati, ma anche per quelli in attesa di giudizio, perché sembra non toccare il corpo (che in realtà si chiude in una cella ed è dunque violato), e perché, soprattutto, *non si vede*» [71].

Il che conferma, al di là dei toni forse eccessivamente accesi utilizzati dalla dottrina richiamata con riferimento alla realtà dell'ordinamento penitenziario italiano, «lo iato tra i principi ivi sanciti e la effettività della condizione carceraria», la «tendenza alla *rinnegazione* pratica degli stessi» [72], peraltro in un ambito, quale quello penitenziario, che rappresenta, come già riconosceva amaramente Bricola negli anni '70, «uno dei settori più esposti alle varie pratiche nelle quali, nello Stato di diritto, si realizza l'illegalità ufficiale attraverso la non applicazione e la manipolazione amministrativa delle norme» [73].

Un freno alla «illegalità ufficiale» non può che venire dal «riconoscimento di una tutela dei diritti del detenuto che si riveli *effettiva*, pur nell'ambito di quella presunta condizione di *soggezione speciale*»» in cui verrebbe a trovarsi il detenuto con l'ingresso in un istituto penitenziario, dal momento che si fa correttamente rilevare come le politiche penali dovrebbero perseguire più che il modello del «*diritto alla sicurezza*» quello della «*sicurezza dei diritti*» [74].

---

[69] M. AINIS, *Le libertà negate. Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti*, cit., 105 s.

[70] Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 750 s., che sottolinea come al soggetto recluso si chieda, infatti, «di collaborare alla violenza che su di lui si commette e di guadagnarsi premi e benefici di pena con prove quotidiane del progressivo ravvedimento».

[71] F. RIMOLI, *Più sicuri o più liberi? Uso della tortura e bilanciamento tra valori*, cit., 124.

[72] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 45.

[73] F. BRICOLA, *Introduzione* a *Il carcere «riformato»*, a cura di F. BRICOLA, Bologna, 1977, 9.

[74] Cfr. ancora M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 9 e 45 s., che richiama le tesi espresse da A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 22 s.

E ciò al fine di non correre il serio rischio di neutralizzare l'importante «apertura ideologica costituita dal riferimento costituzionale alla rieducazione del condannato, oltre che al principio di umanizzazione della pena», di cui al 3° comma dell'art. 27, il quale si presta ad essere completato, come si avrà modo di verificare, con quello del *rispetto della dignità e della personalità del detenuto*, di ben maggiore ampiezza, in quanto comprensivo del «rispetto dei diritti fondamentali del cittadino riconosciuti dalla Costituzione, il cui esercizio sia compatibile con lo stato di detenzione e con le esigenze di ordine del carcere» [75].

Ecco perché nel verificare l'incidenza dei principi costituzionali sulla *realtà* della condizione carceraria, espressa in termini di equilibrata rispondenza, nell'ambito della normativa penitenziaria, tra i diritti dei detenuti e le esigenze della vita detentiva, non si può non muovere dall'art. 27, 3° comma, Cost., che, nell'introdurre il principio di umanizzazione e quello rieducativo della pena, rappresenta certamente la norma fondamentale in materia, la cui interpretazione peraltro si lega, come si vedrà, ad altri principi costituzionali, primi fra tutti gli artt. 2 e 3, consentendo così, con il contributo decisivo della giurisprudenza costituzionale, di gettare luce nuova sui diritti dei detenuti in carcere e soprattutto di concretizzarli, ampliandone la tutela legislativa.

### 4.1. *L'art. 27, 3° comma, Cost.: il principio rieducativo*

I lavori dell'Assemblea costituente testimoniano come sulla formulazione del 3° comma, dell'art. 27 Cost. – la cui originaria formulazione proposta prevedeva un diverso ordine dei concetti («le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità») – si sia accesa una vivace discussione in cui si riflettevano le preoccupazioni espresse dalle scuole filosofiche sulla funzione stessa della pena: da un lato, la scuola positiva, sostenitrice della *funzione rieducativa della pena*, a cui voleva attribuire il primato nella stesura testo costituzionale, idea contrastata apertamente dalla scuola classica, aperta sostenitrice, dall'altro lato, della *funzione general-preventiva e retributiva della pena*.

Nei lavori di coordinamento del testo finale, il Comitato di redazione posponeva l'ordine dei due concetti, per cui il principio rieducativo veniva «retrocesso» rispetto al divieto di trattamenti disumani, per attenuarne l'apparenza positivistica, aderendo così alle indicazioni di quanti non intendevano pren-

[75] Così M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 10 del dattiloscritto. Cfr. sul punto anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992, 754.

dere posizione in favore dell'una o dell'altra scuola sul problema della funzione della pena.

Ma, nonostante il prevalere di questo atteggiamento di sostanziale «neutralità», c'era anche un altro consistente orientamento, autorevolmente sostenuto, teso a sottolineare le concrete possibilità di rieducazione del reo: «siamo tutti d'accordo – sosteneva, infatti, nel suo intervento finale l'on. Ruini – che non si tratta con questo articolo di definire la finalità, più o meno filosofica, della pena, ma di stabilire che occorre sempre anche la rieducazione del condannato» [76], in quanto, come ammoniva l'on. Tupini, «la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo, affinché a colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione» [77].

A seguito delle richiamate scelte dell'Assemblea costituente, il principio della *tendenziale* finalità rieducativa della pena – assai discutibile dal punto di vista dei significati che è possibile attribuirgli, che «vanno dal *docere* al *ducere*» [78] – è venuto, quindi, «ad essere recepito in modo generico e prestandosi alle più diverse e contraddittorie interpretazioni sia da parte della dottrina che da parte dei giudici» [79].

In una prima fase, sino alla fine degli anni sessanta, la tendenza che prevalse – che faceva leva anche sulla asserita qualificazione dell'art. 27 Cost. come norma programmatica – fu quella di un'interpretazione limitata del principio rieducativo, perfettamente in linea con l'ordinamento previgente, nel tentativo di circoscrivere il più possibile la portata della norma [80], come del resto testimonia anche la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, che con l'orientamento espresso (anche se successivamente rivisto) con la sent. n. 12/1966 [81] sembra svalutare «il principio rieducativo, il quale, dovendo agire in concorso

---

[76] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Roma, Segretariato generale della Camera dei Deputati, 1970, 909, il quale, peraltro, sottolineava che «l'esigenza della rieducazione non è soltanto privilegio e monopolio della scuola positiva: è principio del diritto canonico e del cristianesimo».

[77] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., 905. Per ulteriori approfondimenti sui lavori preparatori dell'Assemblea costituente che hanno portato all'attuale formulazione del 3° comma dell'art. 27 Cost., cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 3 ss. del dattiloscritto.

[78] Così M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., del dattiloscritto, che sottolinea come l'ambigua formula della «rieducazione» possa rivelarsi «perfino pericolosa, potendo anche essere intesa come fonte di attribuzione allo Stato di un potere di *supremazia speciale* nei confronti del detenuto» (su cui v. *supra*, par. 2).

[79] M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 14 del dattiloscritto.

[80] Cfr, ancora M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 14 s. del dattiloscritto.

[81] In *Giur. cost.*, 1966, 143 ss.

delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto», ma va, piuttosto, ricondotto «nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata», cui si è inteso soltanto segnare dei limiti, «mirando essenzialmente ad impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità».

E ciò sull'assunto, secondo il giudice costituzionale, che le due proposizioni di cui si compone il 3° comma dell'art. 27 Cost. si collocano in un contesto «chiaramente unitario», nell'ambito del quale si trovano «congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra», dal momento che «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio».

Questo orientamento, che aveva condotto la Corte costituzionale ad affermare che «il *finalismo rieducativo* riguardava il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso era perciò limitato» [82], cominciò ad essere rivisto all'inizio degli anni settanta, per effetto delle sentt. n. 167/1972 [83] e, soprattutto, della n. 204/1974 [84], concernente l'istituto della liberazione condizionale, laddove si definisce, per la prima volta, la rieducazione un *diritto* per il condannato, e si riconosce sussistere «un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

Tuttavia, è soltanto nel corso degli anni ottanta che si realizza la progressiva valorizzazione innovativa del principio rieducativo come «*criterio finalistico principale*», dapprima con la sent. n. 50/1980 [85], che, nel ritenere incompatibili con il principio costituzionale di rieducazione le pene fisse, riconosce, invece, nella mobilità della pena «lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena» stessa; e, successivamente, con la sent. n. 274/1983 [86], che introduce l'estensione, anche per i condannati all'ergastolo, della possibilità di concedere la riduzione di pena prevista per quei detenuti che dimostrino attiva collaborazione all'opera di rieducazione, «finalità, questa, che il vigente ordinamento penitenziario persegue per tutti i condannati a pena detentiva, compresi gli ergastolani» [87].

---

[82] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 7 del dattiloscritto, che richiama altre pronunce della Corte costituzionale che offrono interpretazioni riduttive del principio rieducativo.

[83] In *Giur. cost*., 1972, 2070 ss.

[84] In *Giur. cost.*, 1974, 1707 ss.

[85] In *Giur. cost.*, 1980, 352 ss.

[86] In *Giur. cost.*, 1983, 1757 ss.

[87] Cfr. sul punto M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 16 del dattiloscritto, che rileva come negli anni ottanta il principio rieducativo rimane, tuttavia, essenzialmente circoscritto

Negli anni novanta, infine, la Corte costituzionale – a partire dalla fondamentale sent. n. 313/1990 [88] – porta finalmente a conclusione la rivisitazione della sua pregressa giurisprudenza, attraverso la quale era giunta a riconoscere la *natura polifunzionale della pena*, trascurando però, per sua esplicita ammissione, «il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa …, assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Quando, invece, «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena», dal momento che il principio rieducativo «è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea»», tanto da potersi addirittura sostenere l'esistenza di un *diritto alla rieducazione del detenuto*, che deve rinvenire nella legge «una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale» [89], la cui fruizione non può essere preclusa – come afferma la Corte con la successiva sent. n. 376/1997 [90] – neppure a coloro che sono sottoposti alle regole del trattamento differenziato *ex* art. 41-*bis*, 2° comma, dell'ordinamento penitenziario [91].

E così, ricollegando l'interpretazione dell'ambigua formula del 3° comma, dell'art. 27 Cost., con gli artt. 24 e 111 Cost., la Corte costituzionale «riesce, da ultimo, a realizzare la c.d. *giurisdizionalizzazione* dell'esecuzione penale» [92]. In questo senso, «il ripensamento della Corte appare radicale», e si realizza attraverso una giurisprudenza diretta a ribadire a più riprese [93] la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti dell'amministrazione penitenziaria, che, come si vedrà, «trascende la questione della finalità

---

alla sola fase esecutiva; bisogna attendere il decennio successivo perché il principio della finalità rieducativa della pena si estenda a tutto campo, «anche nelle scelte legislative sulle fattispecie di reato e in quelle dei giudici nella fase di commisurazione della pena».

[88] In *Giur. cost.*, 1990, 1981 ss.

[89] V. in tal senso la già citata sent. n. 204/1974.

[90] In *Giur. cost.*, 1997, 3623 ss.

[91] Cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 8 del dattiloscritto, che sottolinea come nella giurisprudenza della Cassazione il trattamento penitenziario venga a configurarsi «quale vero e proprio diritto per il detenuto, aspetto del più generale *diritto alla rieducazione*, cui corrisponde *un obbligo di fare per l'amministrazione*».

[92] Così M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 17 del dattiloscritto, che sottolinea il fatto che «la vera concretizzazione del principio rieducativo va di pari passo con il riconoscimento dell'individualizzazione del trattamento».

[93] Cfr., da ultimo, le sentt. nn. 26/1999 (in *Giur. cost.*, 1999, 176 ss.) e 526/2000 (in *Giur. cost.*, 2000, 4113 ss.). Peraltro, già nella citata sent. n. 313(1990 i giudici della Consulta er,ano stati molto chiari nell'affermare che il precetto costituzionale di cui al 3° comma, dell'art. 27 non può non valere «tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

rieducativa e che trova il suo primo fondamento … nel più pervasivo principio di umanizzazione della pena» [94].

### 4.2. Segue: *il principio di umanizzazione della pena*

L'esigenza che nell'esecuzione della pena sia assicurato il *rispetto della persona umana* va al di là della stessa formulazione del 3° comma, dell'art. 27 Cost., in relazione al concetto di «*libertà della persona*» assunto dalla nostra Carta costituzionale, per trovare ancoraggio anche in altre disposizioni costituzionali, espressione dei valori fondanti della Costituzione repubblicana, prime fra tutte quelle degli artt. 2 e 3 Cost.: il *primato della persona umana*, infatti, conseguente «al rovesciamento delle premesse statualistiche operato dalla Costituzione repubblicana», accompagnato dall'affermazione della *pari dignità sociale di tutti*, «consente di cogliere il sostrato assiologico dell'attributo dell'inviolabilità» [95].

In questo senso si aderisce alla ricostruzione del sostrato assiologico del carattere dell'inviolabilità operata da Franco Modugno attraverso il riferimento – talvolta esplicito, in altre occasioni «leggibile in trasparenza nella giurisprudenza costituzionale» – «*al patrimonio irretrattabile della persona umana* intesa come totalità ossia al principio supremo della libertà-dignità, in contrapposizione al tradizionale principio individualistico e liberale della libertà-proprietà» [96]. Nell'ordinamento repubblicano, dunque, «in luogo del paradigma libertà-proprietà subentra l'altro di *libertà-personalità*», in conseguenza della radicale trasformazione subita dall'*idea della persona* nel corso della prima metà del novecento: «l'individuo è persona totale e come tale è assunto come il più alto valore giuridico-positivo» [97].

Nella nostra Carta costituzionale, infatti, la *dignità dell'uomo* – «valore fondamentale che trascende lo stesso principio di eguaglianza» – è posta alla base dell'*eguaglianza tra gli individui*, ed in questo modo la *tutela dell'essere umano* nei suoi elementi *essenziali ed indefettibili* viene a collocarsi «sullo sfondo di tutte le disposizioni costituzionali che garantiscono diritti e libertà». Il che significa porre la *dignità umana* «a fondamento dell'intera configurazio-

---

[94] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 8 del dattiloscritto.

[95] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 47 s.

[96] F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 107.

[97] Cfr. ancora F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 11, secondo cui ciò ha comportato, tra l'altro, il potenziamento delle autentiche libertà personali che formano il nucleo assolutamente condizionante tutte le altre libertà» e che costituiscono la sfera intangibile della persona umana.

ne dei diritti costituzionali e dei poteri pubblici», con la conseguenza che qualora si tentasse di derogare, per una qualsivoglia *ragion di Stato*, «sotto qualsiasi forma e modo a questo principio significherebbe ledere nella sua essenza la Costituzione tutta» [98].

Pertanto, alla luce del concetto di «libertà» fatto proprio dalla nostra Costituzione, è possibile ora comprendere anche la reale portata della previsione costituzionale di cui al 3° comma dell'art. 27, laddove i richiamati principi di umanizzazione e di tendenziale finalità rieducativa della pena non appaiono altro che «gli sviluppi del più ampio e pervasivo principio di personalità e pari dignità di tutti», riferito, in questo caso, alla particolare situazione del detenuto [99].

Purtroppo, però, le attuali condizioni carcerarie non favoriscono il rispetto della personalità e della dignità dei detenuti – e dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti e compatibili con lo stato detentivo – dal momento che spesso «le prigioni diventano addirittura teatro di nuovi crimini». Ed in questo senso – come ben testimonia lo stesso insegnamento sociale della Chiesa, che, pur se tra qualche ombra [100], ha indubbiamente svolto un ruolo fondamentale nel processo evolutivo del sistema carcerario – «l'ambiente degli istituti di pena offre … un terreno privilegiato sul quale testimoniare … la sollecitudine cristiana in campo sociale»», non solo «sotto il profilo specificamente religioso, ma anche *in difesa della dignità delle persone detenute*» [101].

E proprio con riferimento al tema centrale del *rispetto della dignità umana nei confronti dei soggetti sottoposti a limitazioni della libertà*, occorre soggiungere che pur essendo la dignità del detenuto «inevitabilmente oggetto di una qualche mortificazione» – come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 105/2001 [102] – la Costituzione segna confini che non possono essere superati, posti proprio a «presidio del contenuto insopprimibile della dignità umana allorché l'individuo si trovi in condizione di soggezione nei con-

---

[98] G.M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, cit., 192 s., che insiste sul rispetto della dignità dell'uomo come limite inviolabile delle «ragioni di Stato».

[99] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 7.

[100] Non si può invero sottacere il fatto che nella sua storia millenaria la Chiesa cattolica si sia spesso resa «corresponsabile istituzionalmente dello stesso sistema punitivo», come messo bene in luce da V. PANZANI, *L'assistenza religiosa in carcere*, in *http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir* (sito del Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità «L'altro diritto»).

[101] V. PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA GIUSTIZIA E DELLA PACE, *Compendio della dottrina sociale della Chiesa*, cit., 220, in cui si sottolinea, in tal senso, l'importanza dell'attività che i cappellani delle carceri sono chiamati a svolgere in attuazione del precetto evangelico, richiamando il passo del Vangelo secondo Matteo laddove recita: «ero … carcerato e siete venuto a trovarmi» (25, 35-36).

[102] In *Giur. cost.*, 2001, 675 ss.

fronti delle autorità», onde evitare che «alle condizioni di soggezione legittimamente determinatesi si aggiungano atti di violenza fisica e morale» [103]. In una parola, come recita l'art. 64 delle Regole penitenziarie europee, *la detenzione non deve in alcun modo aggravare le sofferenze inerenti ad essa.*

Sulla base delle considerazioni innanzi svolte, è evidente che la condizione dei carcerati se da un lato comporta inevitabilmente una restrizione della libertà personale e delle libertà a questa in qualche modo connesse, d'altro lato non può assolutamente comportare che i diritti della persona detenuta «possano essere in tutto pretermessi, ma, piuttosto, … che le relative estrinsecazioni debbano essere consentite ove non contrastino con le *esigenze della vita carceraria*», dal momento che la necessità di tutelare la sfera giuridica dei cittadini rispettosi della legalità «non può tradursi nella *irrazionale* limitazione dei diritti di coloro che hanno tenuto comportamenti contrari alle leggi», né tanto meno nella «perdita della titolarità di diritti, interessi ed obblighi giuridici per il detenuto» [104].

In tal senso resta ancora oggi valido l'insegnamento di Dell'Andro, che già agli inizi degli anni sessanta ammoniva che il detenuto, sebbene soggetto ad una restrizione della libertà personale, non potesse «ritenersi rimesso all'*arbitrio* dell'amministrazione penitenziaria», in quanto il suo stato detentivo comportava, comunque, «una serie di specifici *rapporti giuridici* con lo Stato», caratterizzati non soltanto da obblighi, ma anche da diritti [105].

## 5. *Il riconoscimento e la garanzia dei «diritti» dei detenuti, con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale: la pratica elusione delle garanzie costituzionali da parte della normativa sull'ordinamento penitenziario*

In questo modo, dal principio di umanizzazione della pena – come inteso nella convincente interpretazione dottrinale proposta di recente da Marco Ruotolo, ed alla cui ricostruzione ci si è richiamati nel presente lavoro – si perviene al *riconoscimento dei diritti dei detenuti in carcere*, nonché alla *garan-*

[103] Così G.M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, cit., 194 ss.

[104] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 7 s. n. 51, il quale rileva il fatto che sia il «pregiudizio» legato alla presenta subordinazione della libertà al principio di legalità a far ritenere «libero» soltanto il cittadino che sia «conforme agli stereotipi normativi della legalità, con la conseguenza, frutto di un automatismo culturale più che etico-politico, della privazione di ogni diritto per il detenuto».

[105] Cfr. R. DELL'ANDRO, *I diritti del condannato*, in *Iustitia*, 1963, 269.

*zia* di quei diritti, «che deve esprimersi nella previsione per essi di una tutela effettiva, soprattutto di carattere giurisdizionale» [106].

E la concretizzazione dei diritti dei detenuti si è avuta soprattutto ad opera della giurisprudenza costituzionale, da sempre estremamente rigorosa nell'affermare che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti» [107].

Il che significa che «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona», dal momento che «*chi si trova in stato di detenzione*, *pur privato della maggior parte della sua libertà*, *ne conserva sempre un residuo*, *che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale*» [108].

Pertanto, nella prosecuzione dell'analisi sulla condizione dei carcerati occorre condurre un rapido *excursus* conclusivo su alcune delle diverse *forme di estrinsecazione dei diritti dei detenuti* (diritti «personali»; diritto ai colloqui ed alla corrispondenza; diritto alla salute e diritto al lavoro) e sulle *garanzie giurisdizionali* apprestate dall'ordinamento a tutela di tali diritti.

In tal senso, un contributo determinante è stato certamente offerto dalla Corte costituzionale, nello strenuo e meritorio tentativo di *assicurare* una tutela *effettiva* a quel *residuo* di libertà spettante ai detenuti in carcere, anche se purtroppo l'indagine condotta consente allo stato di riscontrare ancora – anticipando in qualche modo le conclusioni cui si è pervenuti – l'esistenza di vere e proprie lacune della normativa penitenziaria in ordine tanto al *riconoscimento* dei diritti dei detenuti in carcere, quanto in ordine alla *garanzia* degli stessi, destinate inevitabilmente a riflettersi sulla reale consistenza dei diritti *de qua* [109].

## 5.1. *I diritti «personali» dei detenuti*

Nell'ambito delle principali estrinsecazioni del diritto alla «libertà della persona», mentre il *diritto al nome* – definito dai giudici della Consulta «segno distintivo irrinunciabile dell'identità personale»» [110] – può dirsi sufficiente-

---

[106] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 232.

[107] Cfr. la già richiamata sent. n. 26/1999.

[108] Cfr. in tal senso già la sent. n. 349/1993, in *Giur. cost.*, 1993, 2740 ss.

[109] Così ancora M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 210.

[110] Cfr. la sent. n. 13/1994, in *Giur. cost.*, 1994, 95 ss., con osservazione di A. PACE, *Norme, soggettività giuridica e identità personale.*

mente garantito dalla previsione contenuta nella vigente normativa sull'ordinamento penitenziario, secondo cui i detenuti sono finalmente «chiamati o indicati con il loro nome» (art. 1, 4° comma), e non più come nel passato con il numero di matricola, altrettanto non può certamente dirsi tanto per il *diritto all'interiorità*, quanto per il *diritto alla libertà sessuale*.

Nel primo caso basti evidenziare le svariate «forme di intrusione» – tali da dar luogo all'assenza pressoché totale di *privacy* – nella sfera privata dei detenuti, determinate non soltanto da «ovvie ragioni di ordine interno» (schedatura, sorveglianza …), ma anche da «ragioni per così dire strutturali, legate al sovraffollamento» nelle carceri [111].

Per quel che concerne, invece, il delicato problema dei rapporti sessuali, «difficilmente risolubile mediante l'ingresso di *partners* all'interno del carcere», è tuttora fronteggiato dalla normativa sull'ordinamento penitenziario attraverso la previsione, da parte dell'art. 30-*ter*, dello strumento dei permessi-premio, qualificati come «parte integrante del programma di trattamento», ed espressamente concessi «per coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro» in vista del reinserimento nella società libera [112]. A tutt'oggi, infatti, non è stato dato seguito alcuno alle proposte parlamentari dirette «ad assicurare negli edifici penitenziari la realizzazione di locali idonei a consentire al detenuto di intrattenere relazioni personali ed affettive» [113].

Anche i *diritti all'integrità psicofisica* dei detenuti, infine, appaiono sprovvisti di un'effettiva garanzia, come testimonia, tra l'altro, l'art. 34 della normativa penitenziaria in tema di perquisizioni in carcere dei detenuti, il quale si limita a prevedere che possano essere disposte «per motivi di sicurezza» e «nel pieno rispetto della personalità», a prescindere da alcun obbligo di motivazione da parte dell'autorità penitenziaria e, soprattutto, da un qualsiasi intervento dell'autorità giudiziaria a garanzia della legittimità di una siffatta restrizione della libertà personale, che viene in questo modo rimessa «alla completa e insindacabile discrezionalità (se non proprio all'arbitrio) dell'amministrazione penitenziaria» [114].

La Corte costituzionale, nel pronunciarsi su tale disciplina con la sent. n. 526/2000 [115], pur riconoscendo che «lo stato di detenzione lascia sopravvivere

---

[111] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 52 s.

[112] V. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 50 s.

[113] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 13 del dattiloscritto, che richiama le proposte di legge recanti «*Norme in materia di trattamento penitenziario*» presentate, nella XIII legislatura, alla Camera dei deputati il 28 febbraio 1997 dall'on. Pisapia ed altri (A.C. 3331) ed al Senato della repubblica il 9 maggio 1997 dal sen. Manconi (A.S. 2422).

[114] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 59.

[115] In *Giur. cost.*, 2000, 4113 ss., con osservazione di M. RUOTOLO, *L'effettività «rinnegante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni.*

in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un «residuo» di libertà personale», dichiara ciò nonostante non fondata – sebbene, come si vedrà, «nei sensi di cui in motivazione» – la questione di legittimità costituzionale del succitato art. 34, ritenendo «improprio» il richiamo al 2° e 3° comma, dell'art. 13 Cost., dal momento che le perquisizioni personali disposte in carcere nei confronti dei detenuti sarebbero da ricomprendere tra «le misure di trattamento, rientranti nella competenza dell'amministrazione penitenziaria, attinenti alle modalità concrete … di attuazione del regime carcerario in quanto tale».

Tuttavia, i giudici costituzionali, nell'affrontare quella che viene definita la «sostanza» della questione loro sottoposta, non mancano comunque di rilevare la necessità di garantire un *effettivo controllo giurisdizionale* sulla legittimità delle perquisizioni in carcere, attraverso «una sede giurisdizionale nella quale l'eventuale illegittimità della misura possa essere direttamente e pienamente fatta valere *ex se*, come motivo di impugnazione della misura medesima, per garantire l'osservanza sia dei limiti "esterni" del potere esercitato, sia dei limiti "interni" alla congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto».

In tal senso, oltre a richiamare una propria precedente decisione in materia, la sent. n. 26/1999 [116] – in cui, ricorrendo ad una pronuncia additiva di principio, aveva dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»» – operano una reinterpretazione della normativa penitenziaria impugnata alla luce dei principi costituzionali, che dà luogo ad una decisione interpretativa di rigetto in cui si afferma che è «sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione»», peraltro «già ricavabile dal sistema normativo».

Al di là delle perplessità espresse in dottrina sulla tecnica decisoria utilizzata per colmare la lacuna [117], piuttosto che tradurre più opportunamente l'interpretazione conforme a Costituzione in un classico dispositivo di accoglimento additivo [118], occorre segnalare il tempestivo seguito, sebbene in via amministra-

---

[116] In *Giur. cost.*, 1999, 176 ss., con commenti di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*; E. FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*; M. RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*; e C. SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria?*

[117] Cfr. sulla da sempre problematica efficacia delle sentenze interpretative di rigetto, con specifico riferimento al caso di specie, L. CARLASSARE, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001,186 ss.

[118] In questi termini v. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 67 s., il quale ri-

tiva, dato alla sent. n. 526/2000 attraverso una circolare del 16 febbraio 2001 [119], che invita giustamente a far ricorso «a sempre più adeguati strumenti di controllo … che consentano la progressiva riduzione del ricorso alle perquisizioni ordinarie, sino alla loro completa sostituzione».

Tuttavia, dal momento che nell'esperienza concreta l'obbligo di motivazione per le perquisizioni imposto dalla Corte «rischia di tradursi in una mera *registrazione di dati*», sarebbe stato forse preferibile dare alla pronuncia della Consulta un *seguito legislativo* che, «*nell'immediato*, potesse assicurare delle *modalità operative* più garantiste», in considerazione del fatto che la formulazione assolutamente vaga della normativa penitenziaria *de qua* «non fornisce alcuna garanzia contro il pericolo di comportamenti arbitrari e vessatori degli organi penitenziari»; il che appare tanto più grave dal momento che si è in presenza di soggetti «già limitati (seppur legittimamente) nell'esercizio di un diritto fondamentale quale la libertà personale» [120].

## 5.2. *La libertà di comunicazione dei detenuti*

La normativa penitenziaria in tema di libertà di comunicazione dei detenuti, all'art. 18, si limita a disporre che i colloqui e la corrispondenza sono semplicemente «ammessi», suscitando perplessità sull'esistenza o meno di un vero e proprio «diritto di comunicare» in capo al detenuto, dal momento che la terminologia utilizzata collocherebbe «la scelta del legislatore tra graziosa concessione e diritto» [121].

Peraltro, in questo caso non viene in aiuto neppure la giurisprudenza costituzionale, che ha avuto modo di pronunciarsi in materia, con la nota sentenza a contenuto additivo n. 212/1997 [122], soltanto a tutela dei diritti al colloquio del detenuto con il proprio difensore, censurando il richiamato art. 18 nella parte in cui non prevedeva il diritto del detenuto condannato in via definitiva di poter conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, trattandosi di diritto strumentale a quello costituzionalmente garantito di agire e difendersi in giudizio *ex* art. 24 Cost., che, pertanto, secondo i giudici della

---

tiene che ciò avrebbe probabilmente costituito una risposta «più efficace» all'esigenza, ritenuta primaria dalla Corte, di garantire un effettivo controllo giurisdizionale.

[119] Cfr. la circolare del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, 16 febbraio 2001, n. 3542/5992.

[120] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 62 e 68 ss.

[121] Così L. STORTONI, «*Libertà» e «diritti» del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977, 43.

[122] In *Giur. cost.*, 1997, 2141 ss.

Consulta, non può assolutamente «essere rimesso a valutazioni discrezionali dell'amministrazione».

Al di là dei dubbi di costituzionalità sollevati dal regime «autorizzatorio» cui sono sottoposti i colloqui e la corrispondenza dei detenuti, tale da poter addirittura determinare, secondo taluni, l'affievolimento del diritto, a tal punto da degradarlo a interesse legittimo [123], l'inattuazione del disposto costituzionale concernente la libertà di comunicazione può rilevarsi anche sotto il profilo del mancato rispetto delle condizioni fissate nel 2° comma dell'art. 15 per le sue limitazioni.

Il diritto «inviolabile» alla libertà (e segretezza) delle comunicazioni sancito nell'art. 15 Cost. – rientrante secondo la Corte costituzionale tra «i valori supremi costituzionali», in quanto concernente il «nucleo essenziale dei valori di personalità, che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana» [124] – così come inveratosi nella normativa penitenziaria in relazione alla posizione dei soggetti in stato di detenzione, non sembra, infatti, soddisfare le istanze di garanzia contenute nella previsione costituzionale, secondo cui «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Pur nella consapevolezza, infatti, che la detenzione, nel limitare la libertà personale, possa inevitabilmente comportare anche la limitazione di altre libertà con essa ricollegabili, quale, appunto, la libertà di comunicazione, «resta comunque l'esigenza, per il rispetto della norma costituzionale, che tale limitazione venga operata secondo garanzie stabilite in leggi ordinarie e non in regolamenti» [125], come purtroppo avviene, dal momento che allo stato è il regolamento penitenziario e non la legge a fissare gran parte dei vincoli relativamente sia ai colloqui che alla corrispondenza dei detenuti, senza, peraltro, soddisfare «quell'esigenza di determinatezza della fattispecie limitativa che sembrerebbe implicata dalla prevista riserva assoluta di legge» [126].

---

[123] Cfr. E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1424, secondo cui si potrebbe pensare all'adesione legislativa ad «uno schema diverso, imperniato sulla contrapposizione fra la pretesa dell'internato ed un potere dell'amministrazione …».

[124] Cfr. la sent. n. 366/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2917 ss., in cui i giudici costituzionali sottolineano il fatto che il «contenuto di valore» del diritto *de qua* «non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante», e nel rispetto, comunque, della duplice garanzia costituzionalmente prevista dall'art. 15, 2° comma.

[125] P. BARILE-E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 752.

[126] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 84, dal quale si fa rilevare il fatto che l'art. 18 ordinanza penit. non indica né i casi che possono giustificare la misura restritti-

Più in particolare, con riferimento ai colloqui dei detenuti, il provvedimento autorizzatorio, quanto meno nell'ipotesi in cui i destinatari non siano i familiari, è caratterizzato da una «discrezionalità praticamente assoluta» [127]; ed anche per quel che concerne la corrispondenza dei detenuti, emerge con estrema evidenza *la pratica elusione delle garanzie costituzionali*, in quanto sebbene la normativa penitenziaria preveda che per disporre il visto di controllo sulla corrispondenza sia richiesto un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, a quest'ultima, anche in questo caso, «viene lasciata una eccessiva discrezionalità» [128], dal momento che l'ordinamento penitenziario «nulla dice invero sui casi che possono giustificare la misura restrittiva né sulle modalità e sulle possibili conseguenze che il controllo può determinare in ordine all'inoltrabilità della corrispondenza stessa» [129].

Peraltro, proprio con riferimento specifico alle limitazioni della libertà di corrispondenza dei detenuti, occorre richiamare quella copiosa e risalente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, più in generale, ha censurato l'eccessivo margine di discrezionalità rilasciato alle autorità nazionali in materia, e, più in particolare, ha comportato per il nostro Paese molteplici condanne per violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [130], sull'assunto che anche i carcerati, nonostante lo stato detentivo cui sono assoggettati, conservano «i diritti riconosciuti alla persona umana, dovendo sempre essere *giustificate* le relative limitazioni» [131].

---

va, né le modalità con cui essa potrebbe realizzarsi, ritenendo, peraltro, che l'indeterminatezza di tali limitazioni non possa trovare alcuna giustificazione nella teoria dei c.d. limiti impliciti.

[127] E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 1983, IV, 340.

[128] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 88 s., secondo cui occorre aggiungere anche la considerazione che tanto nel caso dei colloqui come della corrispondenza la «natura amministrativa» del provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria si riverbera sulla sua impugnabilità, stante la «mancanza della previsione di uno specifico mezzo di gravame e dell'esclusione del ricorso per Cassazione *ex* art. 111 Cost., attesa la non incidenza di esso sulla libertà personale».

[129] Così E. BERNARDI, *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, cit., 1427.

[130] V., ad es., Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, Diana/Italia, *Recueil*, 1996-V, 1765 ss.; ID., 15 novembre 1996, Domenichini/Italia, *Recueil*, 1996-V, 1789 ss. e più di recente, ID., 6 aprile 2000, Labita/Italia, in *Rass. pen. e crim.*, nn. 2-3, 1999, 177 ss., ed ID., 28 settembre 2000, Messina/Italia, in *Guida al diritto*, n. 6, 2001, 133 ss. Per un'accurata ricostruzione giurisprudenziale cfr. E. BERNARDI, *I colloqui del detenuto fra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 337 ed ID., *Corrispondenza dei detenuti e diritti fondamentali della persona*, cit., 1414 ss.

[131] In tal senso, si è addirittura provato ad argomentare che la CEDU – alla luce dell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – imponga una lettura delle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti inviolabili come «sempre potenzialmente riferibile anche ai detenuti»: M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 93 s.

Tuttavia, prima ancora che la rilevata carenza di tutela in ordine alla disciplina sulla corrispondenza venisse inevitabilmente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con un intervento atteso ormai da tempo [132], la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto finalmente il tanto atteso «seguito legislativo» ad opera della legge 8 aprile 2004, n. 95 recante «*Nuove disposizioni in materia di visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti*», che ha introdotto la «giurisdizionalizzazione» del procedimento relativo ai controlli sulla corrispondenza dei detenuti, fissando le «condizioni tassative per l'attivazione delle misure e introducendo la possibilità del reclamo di fronte all'autorità giudiziaria» [133].

## 5.3. *Il diritto alla salute dei detenuti*

Con riferimento alla posizione delle persone recluse, il problema centrale che pone il diritto «fondamentale» alla salute – l'unico diritto che la Costituzione definisce espressamente *fondamentale* e la cui evoluzione interpretativo-giurisprudenziale ha portato a riconoscerlo quale «valore costituzionale supremo», scomponibile nei due aspetti di *diritto dell'individuo* e di *interesse della collettività*, entrambi fondamentali e strettamente connessi [134] – è quello della estensione del «limite» delle esigenze di sicurezza, che in concreto può determinare una limitazione nella fruizione del diritto alla salute, potenzialmente tale da intaccare il «nucleo irriducibile del diritto alla salute» costituzionalmente protetto [135], e da incidere, conseguentemente, anche sulle diverse forme di espressione del diritto medesimo, dal diritto a trattamenti sanitari al diritto a non essere curato [136].

---

[132] V. in dottrina, tra gli altri, M. D'AMICO, *Commento all'art. 27 Cost.*, cit., 21 del dattiloscritto.

[133] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 13 del dattiloscritto.

[134] Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 40 ss. Sull'effettiva portata dell'art. 32, 1° comma, Cost. alla luce dell'evoluzione interpretativo-giurisprudenziale che ha finito per riconoscere al diritto alla salute il valore di «diritto primario e fondamentale che … impone piena ed esaustiva tutela», sia «per la sua inerenza alla persona umana, sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato disegnata dalla Costituzione», cfr.: per la giurisprudenza della Corte costituzionale, tra le altre, le sentt. nn. 37/1991 (in *Giur. cost.*, 1991, 235 ss.) e 559/1987 (in *Giur. cost.*, 1987, 3506 ss., con nota di E. GHERA, *Cure termali e retribuzione: contrasto nella giurisprudenza ordinaria ed intervento della Corte costituzionale*); per la dottrina, sia consentito rinviare a C. COLAPIETRO, *La valutazione costi-benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 1997, n. 3, 1 ss.

[135] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 141 s.

[136] Sui diritti che in qualche modo possono farsi risalire alle previsioni costituzionali di cui all'art. 32, v. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 46 s.

Per quel che concerne il *diritto di essere curato*, si può affermare che sino alla recente riforma della medicina penitenziaria (d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230), l'assistenza sanitaria in carcere – non interessata dalla legge n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, in relazione alla quale, peraltro, sono scaturiti numerosi problemi di coordinamento – non ha assicurato l'effettivo godimento di un *diritto a trattamenti sanitari* ai detenuti, sull'errato presupposto che l'indubbia «specialità»»» della medicina penitenziaria si traducesse in «specialità della disciplina normativa», che avrebbe, conseguentemente, «potuto legittimare deroghe ai principi e ai diritti generalmente riconosciuti alle persone malate in quanto tali» [137].

La richiamata disciplina di riordino della medicina penitenziaria esordisce affermando che il diritto alla salute spetta ai detenuti «alla pari dei cittadini in stato di libertà» (art. 1, 1° comma), tanto per quel che riguarda la prevenzione, quanto per quel che concerne la diagnosi, la cura e la riabilitazione, nonché l'assistenza sanitaria per la gravidanza e la maternità e l'assistenza pediatrica ai bambini, che durante la primissima infanzia le detenute madri possono tenere con loro in istituto, stante l'evidente *favor legislatoris* – espresso, da ultimo, dalla legge 8 marzo 2001, n. 40 [138] – nel tutelare il rapporto tra la madre (e, nei casi previsti, il padre), ed i figli, pur nella situazione di esecuzione della pena detentiva, di cui si è resa interprete la stessa giurisprudenza costituzionale, anche di recente con la sent. n. 350/2003 [139].

---

[137] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 144 s.

[138] La legge n. 40/2001, recante «*Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*», ha previsto una più ampia possibilità per la detenuta madre con figli minori di ottenere alcuni benefici, introducendo la «detenzione domiciliare speciale» e l'«assistenza all'esterno dei figli minori».

[139] In *Giur. cost.*, 2003, 3634 ss., i cui commenti si possono leggere in *Giur. cost.*, 2004, 747 ss., ad opera di F. GIUNCHEDI, *La polifunzionalità della detenzione domiciliare a garanzia dell'assistenza ai figli invalidi: la portata innovativa della sentenza e le problematiche interpretative*, e di G. REPETTO, *La detenzione domiciliare può essere concessa anche alla madre di figlio disabile, ovvero l'irriducibile concretezza del giudizio incidentale*; ed in *Giur. it.*, 2004, 2240 ss., con nota di F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*. Con la richiamata sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, 1° comma, lett. *a*), legge n. 354/1975, nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata – e nei casi previsti, dal padre condannato – conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante. Del resto, la possibilità di concedere la detenzione domiciliare al genitore condannato, convivente con un figlio totalmente *handicappato*, «appare funzionale all'impegno della Repubblica, sancito nel 2° comma, dell'art. 3, Cost., di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità». Pertanto, la norma censurata, nel prevedere un sistema rigido che preclude al giudice di valutare tale possibilità, è in contrasto con il principio di ragionevolezza e determina un trattamento difforme rispetto a situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro. Peraltro, tale decisione si pone in linea con quella consolidata giurisprudenza costituzionale che proprio al fine di favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio, prevede la possibilità di una esecuzione della pena che avvenga nella forma della *de-*

Peraltro, la riorganizzazione operata in materia di sanità penitenziaria dal d.lgs. n. 230/1999 prevede esplicitamente che la concreta attuazione del diritto alla salute dei detenuti si deve realizzare nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, il quale è tenuto ad assicurare «livelli di prestazione analoghi a quelli garantiti ai cittadini liberi» (art. 1, 2° comma, lett. *a*); più in particolare, l'erogazione delle prestazioni è di competenza delle Aziende sanitarie locali, mentre all'Amministrazione penitenziaria spetta garantire la sicurezza (art. 2).

Al di là del fatto che nell'applicazione pratica della riforma il trasferimento di funzioni dal ministero della giustizia al Servizio Sanitario Nazionale in materia di sanità penitenziaria – espressamente previsto dalla disciplina di riordino e volto proprio a garantire in tale ambito la parità di trattamento tra detenuti e liberi cittadini – non è mai stato compiutamente realizzato [140], questo passaggio formale, da tempo invocato, al Servizio Sanitario Nazionale non va comunque sottovalutato, dal momento che segna il superamento di un modo di concepire la posizione del detenuto di sottoposizione esclusiva all'amministrazione penitenziaria anche rispetto ai trattamenti sanitari, che di certo non rientrava nel disegno costituzionale [141].

Il che non significa, per converso, che una certa limitazione alla autodeterminazione del detenuto non possa trovare la sua ragion d'essere nell'assetto comunitario del carcere e nella necessaria compresenza accanto all'interesse alla salute del singolo anche di quello della collettività [142], atteso che la tutela della salute implica e comprende «il dovere dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel recipro-

---

*tenzione domiciliare*, la quale – come affermato dalla Corte nella sent. n. 422/1999 (in *Giur. cost.*, 1999, 3711 ss.) – risulta «volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi», rapporti che, come si esprime la più recente sent. n. 30/2003 (in *Giur. cost.*, 2003, 194 ss.), «appaiono tanto più meritevoli di tutela quando riguardino le relazioni tra i genitori e la prole».

[140] L'ultimo rapporto sulle condizioni dei detenuti in Italia redatto dall'Associazione Antigone e presentato nel novembre 2004 evidenzia che l'importante riforma dell'assistenza sanitaria in carcere, la quale avrebbe dovuto finalmente contribuire al risanamento della situazione delle carceri, anche attraverso la concreta attuazione del diritto alla salute dei detenuti, è di fatto rimasta lettera morta, dal momento che soltanto quattro istituiti penitenziari italiani (Piemonte, Emilia Romagna, Toscana e Lazio) dispongono di veri e propri centri clinici, mentre per gli altri istituti l'assistenza sanitaria è ancora affidata a infermerie per degenze temporanee. In dottrina v. in proposito le considerazioni critiche di G. LA GRECA, *Riordino della medicina penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1221 s.

[141] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 147, che sottolinea il rischio di un utilizzo strumentale della medicina penitenziaria, diretto a «piegare l'intervento medico e farmacologico alle necessità della disciplina e della sicurezza dell'istituto».

[142] Cfr. in proposito G. DI GENNAIO-R. BREDA-G. LA GRECA, *ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 82.

co riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri» [143].

In particolare, sul bilanciamento della salute collettiva, nel particolare contesto carcerario, con il diritto alla salute di ciascun individuo detenuto, i giudici costituzionali hanno avuto modo di esprimersi con le sentt. nn. 438 e 439/1995 [144], in tema di soggetti affetti da AIDS conclamata, le quali, facendosi interpreti del mutato sentire della coscienza collettiva rispetto a tale problema sociale, hanno affermato che «in tanto può ritenersi ragionevole l'allontanamento dal carcere dei malati di AIDS, in quanto la relativa permanenza negli istituti cagioni in concreto un pregiudizio per la salute degli altri detenuti, posto che, altrimenti, risulterebbero senza giustificazione compromessi altri beni riconosciuti come primari dalla Carta fondamentale».

In questo modo, però, le richiamate pronunce della Corte costituzionale, nel «ripristinare il sistema della valutazione individualizzata della grave infermità fisica», finivano per dar luogo ad una «sopravvalutazione delle esigenze della sicurezza» e, nel contempo, ad una «sottovalutazione dell'esigenza di assicurare che la pena non consista in un trattamento contrario al senso di umanità», stante la ben nota inadeguatezza dell'assistenza sanitaria in carcere [145]. Di conseguenza, si rendeva necessario un successivo intervento del legislatore, realizzato soltanto nel 1999, diretto a sancire il principio della incompatibilità del regime carcerario tanto per i malati di AIDS, quanto per coloro che sono affetti da altre gravi patologie [146].

Per concludere, è evidente che anche con riferimento alla tutela della salute dei soggetti in stato di detenzione, al di là di limitazioni che potrebbero venire alla libertà del singolo detenuto da esigenze di tutela degli interessi collettivi, non dovrebbe «legittimarsi alcuna limitazione fondata su mere *esigenze di sicurezza*», che potrebbero semmai «incidere sulle modalità del trattamento sanitario ma non sulla sua concreta fruizione» [147].

---

[143] Cfr. la sentenza della Corte cost. nn. 399/1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3646 ss., e già prima, in termini analoghi, la sent. n. 258/1994, in *Giur. cost.*, 1994, 2097 ss. Sul bilanciamento operato dalla giurisprudenza costituzionale tra la tutela della salute collettiva ed il rispetto della persona umana, con particolare riferimento ai trattamenti sanitari obbligari, v. in dottrina C. COLAPIETRO, *La valutazione costi-benefici nei trattamenti sanitari obbligatori: il bilanciamento tra gli interessi del singolo e quelli della collettività*, cit., 10 ss.

[144] In *Giur. cost*., 1995, 3445 ss. e 3455 ss., con note di U. DE SIERVO; *La Corte cambia opinione in tema di malati di Aids e regime carcerario*, ed A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali.*

[145] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 152.

[146] Il riferimento è alla legge n. 231/1999, recante «*Disposizioni in materia di esecuzione della pena*, *di misure di sicurezza e di misure cautelari nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o da altra malattia particolarmente grave*».

[147] Così ancora M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 149. Da ultimo, la Cor-

## 5.4. *I diritti dei detenuti lavoratori*

Nell'ambito della normativa penitenziaria si dubita della stessa configurabilità in capo al detenuto di un diritto al lavoro – universalmente riconosciuto da una certa tradizione culturale come «il centro e l'archetipo dei diritti sociali, … il simbolo dell'insieme dei diritti fondamentali garantiti ai lavoratori come tali» [148] – dal momento che nell'ordinamento penitenziario *il lavoro si caratterizza come elemento del trattamento penitenziario*, prevedendosene l'obbligatorietà (art. 20, 3° comma) e l'impegno ad assicurarlo al detenuto, salvo i casi di impossibilità (art. 15, 2° comma).

Il lavoro del detenuto perde, dunque, qualsiasi carattere «afflittivo», per connotarsi come elemento positivo di trattamento e di formazione, *strumento diretto alla rieducazione ed al reinserimento sociale del carcerato* [149], tanto che si manifesta l'esigenza che, proprio al fine di agevolarne il reinserimento sociale, «l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro nella società libera al fine di far acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative …» (art. 20, 5° comma).

Quel che è certo è che la nostra Carta costituzionale considera il lavoro «come un diritto per tutti i cittadini», la cui *effettività* deve essere perseguita promovendo le condizioni che la rendano possibile, e senza operare alcuna distinzione tra lavoratori liberi e detenuti; e, soprattutto, la Costituzione «riconosce una serie di diritti ai soggetti lavoratori che non sembrano poter essere *a*

---

te costituzionale ha ribadito proprio la necessità di contemperare le esigenze terapeutiche del detenuto totalmente infermo di mente con quelle di contenimento della sua pericolosità sociale, dichiarando – con la sentenza n. 367/2004 (in *Guida al diritto*, n. 49, 2004, 74 ss., con commento di R. BRICCHETTI, *Necessario contemperare esigenze terapeutiche e contenimento della pericolosità sociale*) – l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p., nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare all'infermo di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale. Del resto, una situazione sostanzialmente analoga era già stata scrutinata dai giudici della Consulta con la sent. n. 253/2003 (in G*iur. cost.*, 2003, 2109 ss., con nota di A. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della «pena manicomiale»*), e li aveva condotti a censurare il rigido automatismo che caratterizzava l'art. 222 c.p., non consentendo al giudice di adottare una diversa misura di sicurezza non detentiva. Pertanto, le conclusioni allora raggiunte circa la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute «si attagliano, a maggior ragione, alla disciplina dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, posto che sarebbe irragionevole precludere al giudice l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva».

[148] A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 14 ss.

[149] Su cui cfr., da ultimo, L. FERLUGA, *Lavoro carcerario e competenza del magistrato di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 399.

*priori* disconosciuti ai detenuti» [150] e che sono venuti più volte in rilievo nella giurisprudenza costituzionale.

Il riferimento è indubbiamente ai diritti garantiti dall'art. 36 Cost., che nell'ambito della nostra Carta costituzionale esplica oggi un ruolo del tutto peculiare nel quadro delle prescrizioni generali di tutela del lavoro, dal momento che detta la regolamentazione su taluni punti essenziali del rapporto di lavoro (*retribuzione*, *durata della giornata lavorativa*, *riposi settimanali e ferie annuali*) [151], offrendo in questo modo una garanzia, e di livello costituzionale, ai più importanti diritti sociali interni al rapporto di lavoro.

Il che giustifica la definizione, sebbene enfatica, dell'art. 36 Cost. come «chiave di volta del rapporto di lavoro» ovvero – data l'obiettiva centralità della *retribuzione*, secondo un'autorevole dottrina addirittura elevata dalla Costituzione al rango di *diritto fondamentale della persona* [152] – come «elemento cardine dell'intero diritto del lavoro» [153], di recente rivisitato proprio quale complesso di posizioni di potere e dovere, attinenti «non solo all'*avere* ma all'*essere* del lavoratore, o alla tutela della sua libertà e personalità» [154].

Nel quadro dei diritti costituzionali dei lavoratori – i quali per effetto dell'intervento della giurisprudenza costituzionale hanno in questi anni «guadagnato spazi e garanzie» [155] – viene, dunque, in primo luogo *il diritto alla retribuzione*, su cui a più riprese ha avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale, con riferimento alla questione della determinazione del corrispettivo spettante al carcerato per l'attività lavorativa prestata, e della legittimità delle relative ritenute su di esso operate dall'ordinamento penitenziario nel caso di lavoro svolto per l'amministrazione stessa (il cui compenso è definito *mercede*), che non riguardano, invece, quello svolto in regime di semilibertà o

---

[150] Cfr. M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 15 del dattiloscritto.

[151] R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro subordinato nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, 70 ss.

[152] Così C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lavoro*, 1954, I, 177, secondo cui «l'art. 4 ha svolto e costituzionalizzato un principio … il quale tende a sottrarre il rapporto di lavoro dalla categoria dei diritti di credito e a farlo rientrare in quella dei rapporti personali».

[153] Secondo la felice espressione di PERGOLESI, *Introduzione*, in BORSI-PERGOLESI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1958, I, 232, la cui presentazione della norma è stata giudicata enfatica da T. TREU, *Commento all'art. 36*, in *Comm. cost. Branca*, Bologna-Roma, 1979, 73.

[154] M. DELL'OLIO, *Retribuzione*, *quantità e qualità del lavoro*, *qualità di vita*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 1 ss.

[155] Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 17; più in particolare, sull'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale nel sistema di produzione legislativa del diritto del lavoro e della previdenza sociale, si rinvia all'approfondita analisi di C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 132 ss.

per imprese pubbliche o private (il cui compenso è definito *remunerazione*) [156]. I giudici della Consulta hanno ritenuto infondata la questione, valutando la riduzione della remunerazione prevista per il lavoro intramurario («mercede») come non necessariamente implicante una violazione del dettato costituzionale, ed affrettandosi tuttavia a precisare che «una remunerazione di gran lunga inferiore alla normale retribuzione sarebbe certamente diseducativa e controproducente …» [157].

In definitiva, stante il permanere della possibilità, anche dopo il mutamento del quadro legislativo [158], che la retribuzione del detenuto lavoratore possa essere inferiore a quella del lavoratore libero che eserciti la medesima attività, il rischio concreto rimane quello di una violazione del principio costituzionale dell'equa retribuzione sancito dal 1° comma dell'art. 36 [159]; tanto più grave se si muove dalla considerazione che il rapporto di lavoro dei detenuti, pur nella sua peculiarità, è comunque riconducibile allo schema del comune rapporto di lavoro, e conseguentemente »anche ad esso si applicano «le norme protettive del lavoro compatibili con le particolari modalità di svolgimento del lavoro carcerario» [160].

Del resto, la tendenza a considerare il lavoro dei detenuti come «lavoro in senso stretto» – fatta propria anche dalla recente legge n. 193/2000, volta a favorire l'inserimento dei detenuti nel mondo del lavoro [161] – appare quella più rispondente al quadro costituzionale, che senza disconoscere la «specialità»

---

[156] Cfr., tra le altre, le sentt. della Corte cost., n. 103/1984, in *Giur. cost.*, 1984, I, 562 ss.; n. 1087/1988, in *Giur. cost.*, 1988, 5291 ss., con nota di G. GALLI, *«Mercede» e «remunerazione» del lavoro del detenuto*; e n. 49/1992, in *Giur. cost.*, 1992, 277 ss.

[157] Cfr. la sentenza n. 1087/1988, nella cui motivazione la Corte prosegue sottolineando il fatto che «il detenuto non troverebbe alcun incentivo e interesse a lavorare e se lavorasse egualmente, non avrebbe alcun interesse ad una migliore qualificazione professionale».

[158] Il riferimento legislativo è all'intervenuta abrogazione della previsione della ritenuta dei tre decimi della mercede ad opera dell'art. 29 della legge n. 663/1986.

[159] Sul principio costituzionale della «giusta retribuzione», con particolare riferimento alla sua applicazione giurisprudenziale, attraverso cui ha espresso una sorprendente «vitalità normativa», sia consentito rinviare, da ultimo, a C. COLAPIETRO, *Commento all'art. 36*, in , R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 3 ss. del dattiloscritto.

[160] Così L. FERLUGA, *Lavoro carcerario e competenza del magistrato di sorveglianza*, cit., 407.

[161] L'importante legge, contenente misure dirette per favorire il lavoro dei detenuti attraverso la concessione di sgravi fiscali e contributivi alle imprese *profit e non profit* che assumono persone detenute, ha incontrato, tuttavia, notevoli difficoltà di attuazione per le carenze strutturali dell'amministrazione penitenziaria. Il problema principale risiede nel fatto che le imprese, soprattutto quelle a scopo di lucro, incontrano molte difficoltà nella gestione dei rapporti con il personale detenuto, senza ricevere alcun supporto da parte delle istituzioni penitenziarie. E così anche in questo ambito emergono tutti i limiti del mondo penitenziario italiano, denunciati ancora una volta nell'ultimo rapporto sulle condizioni dei detenuti nel nostro Paese, redatto dall'Associazione Antigone e presentato nel novembre 2004.

del rapporto di lavoro carcerario, consente, tuttavia, di escludere che «i diritti del detenuto lavoratore possano essere disciplinati fuoriuscendo dalle coordinate costituzionali, o, addirittura, possano essere in tutto pretermessi» [162].

In questo senso può essere utilmente richiamato anche il *diritto costituzionale indisponibile ad un periodo annuale di ferie retribuito* (art. 36, 3° comma), connotato, al pari del diritto al riposo settimanale, dal requisito dell'*irrinunziabilità*, proprio perché entrambi attengono, «al di là e prima della loro qualificazione come diritto, all'essere stesso del lavoratore» [163].

In considerazione del fatto che la normativa penitenziaria non disponeva nulla in ordine al godimento delle ferie annuali, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tale omissione, con una pronuncia di alto valore sociale, la sent. n. 158/2001 [164], ha riconosciuto che il diritto alle ferie fa parte di quel «contenuto minimo di tutela che, secondo la Costituzione, deve assistere ogni rapporto di lavoro subordinato», compreso perciò quello carcerario, dal momento che il diritto al riposo annuale integra una di quelle «posizioni soggettive» che non possono essere in alcun modo negate, neanche a chi presta attività lavorativa in stato di detenzione, in quanto rivolto a soddisfare primarie esigenze del lavoratore, tra le quali, in primo luogo, la reintegrazione delle energie psicofisiche. In definitiva, la garanzia costituzionale del riposo annuale non consente deroghe e «va per ciò assicurata ad ogni lavoratore senza distinzione di sorta …, dunque anche al detenuto, sia pure con differenziazione di modalità», per assicurarne la compatibilità con lo stato di detenzione.

Del resto – come si fa rilevare conclusivamente dal giudice costituzionale – questa appare una soluzione costituzionalmente obbligata, dal momento che «il ruolo assegnato al lavoro nell'ambito di una connotazione non più esclusivamente affittiva della pena comporta che, ove si configuri un rapporto di lavoro subordinato, questo assuma distinta evidenza dando luogo ai correlativi diritti e obblighi» [165].

Alla luce delle conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale nella richiamata sentenza in ordine all'*assimilazione* del rapporto di lavoro carcerario all'ordinario rapporto di lavoro subordinato, non si comprende perché le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con un discutibile *revirement* giurisprudenziale [166], abbiano sostenuto che la competenza del giudice del lavoro per le

---

[162] M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 177.

[163] P. SANDULLI, *Ferie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 3 s.

[164] In *Giur. cost.*, 2001, 1264 ss., con nota di A. MORRONE, *Il diritto alle ferie per i detenuti.*

[165] Sulla portata di questa importante sent. cfr. diffusamente M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 177 ss.

[166] Cfr. la sent. n. 490/1999, in *Giur. it.*, 2000, 251 ss. e le successive sentt. nn. 594/1999 e 26/2001, entrambe in *Giur. it.*, 2001, 1097 ss., con commento di F. MODUGNO-M. RUOTOLO, *Una discutibile soluzione della Cassazione in tema di competenza per le controversie concernenti il*

controversie relative al lavoro prestato dal detenuto debba ritenersi derogata a favore del magistrato di sorveglianza.

Il che suscita non poche perplessità in ordine alla compatibilità del suddetto procedimento rispetto all'art. 111, 2° comma, Cost., trattandosi di uno «spostamento di competenza» in favore di un procedimento che, rispetto a quello del rito del lavoro, è sicuramente meno garantista – in quanto «si svolge in assenza di pubblicità e senza la partecipazione del reclamante, nonché del suo contraddittore necessario, ossia del Ministero della giustizia» – e che, peraltro, presenta «*drammatiche* implicazioni sulla consistenza stessa del diritto riconosciuto al detenuto lavoratore», legata necessariamente alla *garanzia di una sua tutela effettiva* [167].

## 5.5. *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*

Dal quadro «sconfortante» sin qui delineato in relazione ai singoli diritti del detenuto presi in considerazione, emerge con evidenza che la preoccupazione del legislatore è stata più quella «di enunciare le situazioni di diritto che di garantirle» [168], come testimoniano le gravi e numerose lacune rilevate in tema di garanzie giurisdizionali dei diritti dei detenuti, le quali appaiono tanto più gravi se si considera che il riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale durante l'esecuzione penale – la cui cognizione è principalmente, anche se non esclusivamente, affidata dall'ordinamento penitenziario [169] alla magistratura di sorveglianza, attraverso una disciplina composita che si articola in una pluralità di tipologie procedurali – rappresenta proprio uno degli aspetti fondamentali dell'umanizzazione della pena [170].

In tal senso, un contributo determinante all'opera di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale è venuto proprio dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla già citata sent. n. 204/1974, con la quale si garantisce al condannato il diritto di ottenere una «valida e ragionevole garanzia giurisdizionale», per proseguire, poi, con una copiosa sequenza giurisprudenziale, che «si

---

*lavoro carcerario*, in cui si manifestano forti dubbi, da un punto di vista *sostanziale*, per quel che concerne i *profili civilistici* attinenti alle prestazioni lavorative dei detenuti.

[167] Così M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 16 del dattiloscritto.

[168] S. MARGARA, *Garanzia dei diritti in carcere*, in *Legalità e giustizia*, 1985, 411.

[169] L'introduzione della giurisdizionalizzazione della fase dell'esecuzione penale nell'ordinamento penitenziario si ha con la legge n. 354/1975 e prosegue sia con le modifiche ad essa apportate con le leggi nn. 1/1977 e 663/1986, che con il nuovo c.p.p.

[170] Cfr. M. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, cit., 21 del dattiloscritto.

muove in direzioni autonome, ma convergenti» [171], garantendo da un lato la sottrazione all'autorità amministrativa del potere di emanare atti comunque incidenti sulla fase dell'esecuzione delle sanzioni penali [172], e, dall'altro, il riconoscimento della natura giurisdizionale dei procedimenti davanti al magistrato di sorveglianza [173], con la conseguente legittimazione del medesimo magistrato a sollevare in tale sede questione incidentale di legittimità costituzionale [174].

A quest'ultimo riguardo può essere significativo il riferimento alla sent. n. 212/1997 [175], nella quale, in relazione all'esercizio del generico «diritto di reclamo» davanti al magistrato di sorveglianza, si sottolinea che «quando è posta in discussione la concreta tutela di un diritto del detenuto che solo in quella sede possa essere fatto valere, potrà e dovrà riconoscersi al relativo procedimento natura di "giudizio", nel corso del quale può essere sollevata una questione di legittimità costituzionale».

Più in generale, sul delicato tema del diritto alla tutela giurisdizionale durante l'esecuzione penale, si può conclusivamente richiamare la ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale nella già citata sent. n. 26/1999, che riconosce nella disciplina delle funzioni e dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza – di cui agli artt. 35 e 69 dell'ordinamento penitenziario – «un'incostituzionale carenza di mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti di coloro che si trovano ristretti nella loro libertà personale», e ritenendo di non poter adottare, come richiesto, una decisione meramente «additiva», per la presenza di una varietà di schemi processuali predisposti per la tutela dei diritti dei detenuti, conclude ricorrendo ad una «additiva di principio», chiamando contestualmente «il legislatore all'esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione».

Del resto – si fa ancora rilevare nella medesima sentenza, con una significativa considerazione di carattere più generale – «al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdiziona-

---

[171] Così ancora M. D'AMICO, *Commento all'art. 27*, cit., 21 del dattiloscritto, cui si rinvia per ampie indicazioni giurisprudenziali.

[172] Cfr., tra le tante, la sent. n. 274/1990, in *Giur. cost.*, 1990, 1650 ss.

[173] Cfr., tra le altre, le sentt. nn. 53, 349 e 410/1993, in *Giur. cost.*, 1993, 361 ss., 2740 ss. e 3406 ss.

[174] La giurisprudenza costituzionale, che inizialmente aveva ammesso la legittimazione del magistrato di sorveglianza a sollevare questioni di legittimità costituzionale (sent. n. 53/1968, in *Giur. cost.*, 1968, 802 ss.), l'aveva successivamente negata con l'ordinanza n. 87/1978 (in *Giur. cost.*, 1978, 131 ss., con commento di S. BARTOLE, *Attribuzione ai giudici di funzioni non giurisdizionali e tutela della loro indipendenza*), per poi tornare a riconoscerla in maniera definitiva con la sent. n. 227/1995 (in *Giur. cost.*, 1995, 1693 ss.).

[175] In *Giur. cost.*, 1997, 2142 ss.

le», sulla base di un diritto costituzionale ed inviolabile di agire in giudizio a difesa dei propri diritti «che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, fosse anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnazione con ricorso per cassazione … A questi orientamenti fondamentali, che rappresentano un rovesciamento di prospettiva rispetto alle condizioni vigenti nel sistema giuridico precostituzionale, l'ordinamento penitenziario … deve conformarsi».

Per concludere, alle luce delle gravi lacune nelle garanzie giurisdizionali dei diritti dei detenuti, a più riprese rilevate nella giurisprudenza costituzionale, emerge senz'altro il bisogno primario di «assicurare una tutela effettiva dei diritti dei detenuti e di predisporre gli strumenti più idonei al raggiungimento di questo obiettivo», compito cui il legislatore non può sottrarsi nell'opera di prosecuzione dei principi costituzionali [176], anche in considerazione del fatto che l'intervento legislativo sollecitato risponde ad un «bisogno di legalità nella fase esecutiva della pena» che è «premessa indispensabile … per il rispetto della "dignità" della persona detenuta» [177].

## 6. *Immigrati e carcere: l'espulsione come pena alternativa alla detenzione*

Prima di passare alle conclusioni, un cenno non può non essere fatto alla realtà degli immigrati nelle carceri italiane, il cui numero sta aumentando vertiginosamente (nelle grandi città oggi rappresentano oltre il 50% del totale dei detenuti), a dispetto di tutti i tentativi operati attraverso la legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini) di far ricorso nei confronti degli immigrati all'*espulsione come pena alternativa alla detenzione* [178].

La c.d. legge Bossi-Fini, infatti, diretta ad introdurre un maggior rigore nella gestione dei flussi migratori, viene a configurare il carcere come un *centro di permanenza temporanea*, «un luogo in cui il migrante (anche se era regolare) soggiorna in attesa dell'esecuzione dell'espulsione», rendendo di fatto impos-

---

[176] Cfr. diffusamente M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 16 del dattiloscritto, ed ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 210.

[177] P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in ID. (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2000, 13.

[178] Sul punto cfr., per tutti, R. NIRO, *L'espulsione come «sanzione alternativa alla detenzione»: note critiche*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 4, 2002, 91 ss.

sibile che un immigrato una volta «passato dal carcere possa riprendere la sua vita normale sul territorio italiano, possa reinserirsi socialmente» [179].

Il che si pone in aperto contrasto con il principio costituzionale di tendenziale finalità rieducativa della pena, crea un'inammissibile disparità di trattamento tra gli immigrati ed i cittadini italiani, viola il diritto di difesa e, soprattutto, snatura il carcere italiano, il quale da luogo in cui viene praticato un intervento sociale di tipo «rieducativo-reinseritivo» si trasforma – come è stato efficacemente sostenuto da Emilio Santoro – in «un contenitore di carne umana destinata all'espulsione» [180].

La Corte costituzionale, da parte sua, sommersa da un'autentica valanga di ricorsi avverso la richiamata disciplina in tema di immigrazione e di trattamento degli stranieri extracomunitari [181], è intervenuta nel corso del 2004 con una ricca sequenza giurisprudenziale a difesa dei diritti degli immigrati, che non ha fatto altro che richiamare elementari garanzie per l'inviolabilità della libertà personale *ex* art. 13 Cost.: così facendo i giudici della Consulta hanno deciso le principali questioni in materia con le sentt. nn. 5 [182], 222 e 223 [183] e con l'ordinanza n. 226/2004 [184]; e, successivamente, hanno potuto definire il grosso dei giudizi ancora pendenti con un nutrito gruppo di ordinanze depositato tra

---

[179] E. SANTORO, *Il carcere non è un centro di permanenza temporanea!*, in *http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir* (sito del Centro di Documentazione su carcere, devianza e marginalità «L'altro diritto»).

[180] Cfr. ancora E. SANTORO, *Il carcere non è un centro di permanenza temporanea!*, cit., per il quale, pertanto, «chiunque abbia a cuore le sorti della pena detentiva italiana, oltre che quelle dei migranti», non può che opporsi con forza ad una tale disciplina della condizione giuridica degli stranieri, apertamente lesiva della legalità costituzionale. Più in generale, sulla natura dei fenomeni di crescente penalizzazione e carcerizzazione sviluppatisi nella maggioranza dei paesi occidentali, si può rinviare al recente volume di E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004.

[181] Sono state ben 674 le ordinanze di rimessione concernenti il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, iscritte nel registro ordinanze del 2003 ed altre 440 le ordinanze iscritte in quello del 2004.

[182] In *Giur. cost.*, 2004, 80 ss., con osservazione di E. GROSSO, «Ad impossibilia nemo tenetur»: *la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato.*

[183] Le due sentenze possono essere lette in *Giur. cost.*, 2004, 2340 ss. e2358 ss. Per un commento alle due decisioni si può rinviare ad A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore «tappa» nel tortuoso «cammino» degli extracomunitari*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, ed a M. MENGOZZI, *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte costituzionale e legislazione d'urgenza*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; ed ai commenti in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2005, di D. CARRARELLI, *L'effettività del procedimento di convalida del decreto di espulsione al vaglio della Corte costituzionale*, e di M. BISOGNI, *Due passi in avanti (ed uno indietro) nella lunga strada del riconoscimento dei diritti fondamentali ai cittadini extracomunitari.*

[184] In *Giur. cost.*, 2004, 2375 ss.

la fine del 2004 e l'inizio del 2005, cui ha fatto da ultimo seguito la sent. 18 febbraio 2005, n. 78 [185], tanto da potersi ritenere ormai praticamente esaurita questa specifica ondata di procedimenti, come rilevato con soddisfazione dal Presidente Valerio Onida nell'ultima Conferenza stampa annuale della Corte costituzionale [186].

Così facendo i giudici della Consulta sono intervenuti su alcuni degli aspetti più delicati o, comunque, più frequentemente censurati da parte dei giudici remittenti, della disciplina sulla condizione giuridica degli stranieri (il diritto di difesa e l'accompagnamento dello straniero alla frontiera, l'arresto obbligatorio per il reato di trattenimento …), relativi, soprattutto, alle insufficienti garanzie per la libertà personale del cittadino extracomunitario irregolarmente presente nel nostro Paese.

Pur, infatti, nella consapevolezza che nella materia vengono in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico, suscettibili di essere compromessi da flussi migratori incontrollati, la Corte costituzionale – richiamandosi alla sent. n. 105/2001 [187] – ribadisce con chiarezza e fermezza che le garanzie di cui all'art. 13 Cost. non possono subire attenuazioni rispetto agli stranieri, neppure in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti, considerato che non può risultare «minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani».

E quale che sia lo schema legislativo prescelto – dal momento che non è in discussione «la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice» – questi deve in ogni caso necessariamente realizzare anche *i principi della tutela giurisdizionale*, per cui non può essere in nessun caso «eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento *de libertate*, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva» [188]. Fermo restando che viene comunque meno «la giustificazione costituzionale della restrizione della libertà disposta dall'autorità di polizia» in tutti quei casi in cui «non sia dato riscontrare alcun rapporto di strumentalità tra il provvedimento provvisorio di privazione della libertà personale e il procedimento penale avente ad oggetto il reato per cui è stato disposto l'arresto obbligatorio in flagranza».

---

[185] In *Guida al diritto*, n. 11 del 19 marzo 2005, 103 ss., con commento di M.A. RUSSO, *La semplice presentazione dell'atto non prova la colpevolezza del soggetto.*

[186] Cfr. l'*Introduzione* alla *Conferenza stampa annuale del Presidente della Corte costituzionale*, tenuta dal prof. Valerio Onida a Palazzo della Consulta il 20 gennaio 2005 (7 s. del dattiloscritto).

[187] In *Giur. cost.*, 2001, 687 ss.

[188] Cfr. il punto 6 del Considerato in diritto della sent. n. 222/2004.

Quest'ultimo, infatti, «privo di qualsiasi sbocco sul terreno processuale, è una misura fine a se stessa, che … non trova alcuna copertura costituzionale» [189].

È evidente che le sentenze innanzi richiamate hanno l'indiscusso merito di «riportare all'interno della legalità costituzionale parte delle procedure di controllo e contrasto all'immigrazione irregolare», anche se nei provvedimenti legislativi conseguenti, adottati proprio per colmare con ammirevole solerzia il preoccupante vuoto normativo prodottosi, la *ratio* delle richiamate pronunce costituzionali «sembra restare in parte disattesa» [190].

Infatti, il seguito legislativo a tali pronunce, realizzato con le ultime modifiche apportate alla legge Bossi-Fini per effetto del decreto legge 14 settembre 2004, n. 241 [191], convertito, con modificazioni, dalla legge 12 novembre 2004, n. 271 [192], suscita non poche perplessità proprio in relazione alle tre novità di rilievo introdotte.

L'*attribuzione al Giudice di pace della competenza in materia di convalida dei provvedimenti di espulsione*, diretta ad assicurare la massima celerità dei provvedimenti di convalida e di esecuzione delle espulsioni, ha dato luogo a molte riserve e da taluni è stata ritenuta persino contrastante con l'art. 3 Cost., laddove «in presenza dei medesimi presupposti per l'applicazione del provvedimento coercitivo …, l'accertamento di tali presupposti è rimesso a giudici dotati di professionalità diverse e all'interno di contesti procedimentali caratterizzati da livelli di garanzia non omogenei» [193].

Anche l'introduzione della possibilità di effettuare all'interno dei locali della questura l'udienza di convalida dei provvedimenti incidenti sulla libertà personale emanati dal questore sembra presentare profili di illegittimità costituzionale, oltre che essere «sgradevole» ed in ogni caso del tutto inopportuna, stante il pericolo di possibili condizionamenti psicologici di tipo ambientale che potrebbero obiettivamente influenzare le decisioni dell'Autorità giudiziaria [194].

---

[189] Cfr. il punto 3.1 del Considerato in diritto della sent. n. 223/2004.

[190] Cfr. M. BISOGNI, *Due passi in avanti (ed uno indietro) nella lunga strada del riconoscimento dei diritti fondamentali ai cittadini extracomunitari*, cit.

[191] In *Guida al diritto*, 2 ottobre 2004, n. 38, 33 ss., con commento di O. FORLENZA, *Restano i dubbi di costituzionalità sulla «conferma» effettuata in questura*, che già sottolineava il «dubbio «senso estetico» che ha indotto il legislatore ad assemblare in un unico provvedimento legislativo disposizioni sulla libertà personale e il compenso «a provvedimento» di chi tale libertà deve giudicare», ai sensi del 7° comma, dell'art. 1 del decreto in questione.

[192] In *Guida al diritto*, n. 46 del 27 novembre 2004, 27 ss., con commento di O. FORLENZA, *Per la convalida in questura il rischio dell'illegittimità.*

[193] M. BISOGNI, *Due passi in avanti (ed uno indietro) nella lunga strada del riconoscimento dei diritti fondamentali ai cittadini extracomunitari*, cit.

[194] A favore dell'incostituzionalità della disposizione richiamata si pronuncia O. FORLENZA, *Per la convalida in questura il rischio dell'illegittimità*, cit., 34, mentre non ravvisa nella medesi-

Infine, sono le modifiche apportate all'apparato sanzionatorio, attraverso un generale inasprimento delle pene, a far maggiormente discutere, prima fra tutte *la prevista possibilità introdotta a regime dal legislatore di arresto obbligatorio «anche fuori dei casi di flagranza»*, in base cioè al solo titolo di reato, che costituisce senza dubbio una gravissima violazione dell'art. 13 Cost., dal momento che rappresenta l'oggettiva negazione della sussistenza di quell'eccezionale urgenza nel provvedere che, proprio ai sensi del 3° comma del richiamato art. 13 Cost., può solo e soltanto giustificare la privazione della libertà personale da parte degli organi di polizia [195].

A questo punto, alla luce dell'introduzione «nel nostro ordinamento processualpenalistico di istituti non contemplati e di evidente violazione di principi costituzionali» [196], è facile prevedere nel breve periodo un nuovo intervento del giudice costituzionale, che ribadisca ancora una volta la possibilità di pervenire ad una *ragionevole limitazione*, ma giammai ad una illegittima violazione della libertà personale degli stranieri.

## 7. *Considerazioni conclusive*

L'analisi condotta sulla reale condizione dei detenuti ha messo in evidenza che oggi il carcere si viene sempre più configurando come «uno strumento di controllo e di repressione sociale» riservato ai *soggetti deboli ed emarginati* (tossicodipendenti, immigrati e giovani sottoproletari), la c.d. microcriminalità marginale, nei cui confronti la giustizia penale è «straordinariamente rapida ed *efficiente*», dando peraltro luogo ad «un'enorme sproporzione» tra la scarsa rilevanza sociale dei reati puniti con la detenzione carceraria ed il carico di sofferenze inflitto con il carcere, che, purtroppo, conserva tuttora molteplici elementi di *afflizione corporale e psicologica*: la reclusione, insomma, presenta ancora oggi «un contenuto afflittivo che va ben oltre la privazione della libertà personale, risultandone colpiti la maggior parte degli altri diritti vitali della persona» [197].

---

ma disposizione profili di immediata incostituzionalità M. BISOGNI, *Due passi in avanti (ed uno indietro) nella lunga strada del riconoscimento dei diritti fondamentali ai cittadini extracomunitari*, cit.

[195] Cfr. O. FORLENZA, *Per la convalida in questura il rischio dell'illegittimità*, cit., 34.

[196] Così ancora O. FORLENZA, *Per la convalida in questura il rischio dell'illegittimità*, cit., 34.

[197] Le citazioni sono tratte da L. FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, cit., 20 ss., dal quale si fa rilevare il fatto che nonostante sia migliorata la condizione delle carceri, non sia tuttavia cambiata, «e si è anzi aggravata, l'atipicità e l'imprevedibilità dei contenuti della detenzione», che conferiscono alla pena detentiva, a dispetto della tanto proclamata certezza ed eguaglianza, «un carattere sostanzialmente arbitrario e diseguale».

Di fronte a questo «stato di profondo disagio, ormai presente sia sul terreno sanzionatorio che su quello penitenziario» [198], si è pertanto proposta una strategia riformatrice incentrata su una «drastica *depenalizzazione dei reati*» e, soprattutto, su una «drastica *decarcerizzazione*», che preveda il ricorso alla reclusione soltanto limitatamente ai reati più gravi, ritenendo che i tempi siano oggi maturi «per mettere in discussione la centralità del carcere quale pena primaria del nostro sistema penale» [199].

In altre parole, le attuali *misure alternative alla detenzione*, da scontare in totale o parziale libertà, dovrebbero essere trasformate in pene principali, in quanto tali «previste e tipicizzate dalla legge penale e applicate direttamente dal giudice di cognizione»; a sua volta, la pena detentiva, «certa ed immutabile nella durata e nelle modalità di esecuzione», dovrebbe essere ridotta drasticamente nella durata ed essere ricondotta al suo «ruolo di *extrema ratio*» nei confronti dei detenuti «portatori di un alto tasso di pericolosità sociale» [200] e delle «offese più gravi e intollerabili ai diritti fondamentali», le sole che «giustifichino la privazione della libertà personale, che è pur essa un diritto fondamentale costituzionalmente garantito» [201].

Il che consentirebbe di superare anche il principale ostacolo alla realizzazione di un trattamento penitenziario con effettive finalità rieducative, rappresentato proprio dal *sovraffollamento delle carceri italiane* [202], dal momento che le stesse strutture penitenziarie sarebbero «*ab origine* alleggerite di un consistente numero di ospiti» [203], che attualmente vi transitano per brevi periodi per poi accedere in massa al beneficio delle misure alternative [204].

---

[198] G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 63.

[199] L. FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, cit., 21 s.

[200] Così G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 63 s., che evidenzia come in questo modo si raggiunge l'obiettivo di restituire al sistema sanzionatorio maggiore certezza ed uniformità, e nel contempo «al legislatore (e al giudice di cognizione) i poteri di determinazione, di scelta e di applicazione delle sanzioni ora trasferiti secondo criteri di eccessiva discrezionalità alla magistratura di sorveglianza».

[201] Cfr. ancora L. FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, cit., 23.

[202] Nel recente rapporto, già richiamato, sullo stato della condizione carceraria in Italia, redatto dall'Associazione Antigone si evidenzia che – sebbene per la prima volta negli ultimi dieci anni la crescita costante della popolazione carceraria nel nostro Paese subisca una battuta d'arresto – nella classifica europea del sovraffollamento degli istituti penitenziari l'Italia si colloca purtroppo al quarto posto, preceduta soltanto da Grecia, Ungheria e Bielorussia.

[203] Cfr. G. NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, cit., 63, il quale, con riferimento all'organizzazione penitenziaria, suggerisce altresì la creazione di autonomi circuiti carcerari a seconda della tipologia dei reati e dei detenuti, anche facendo ricorso all'inserimento di personale specializzato in relazione alle specifiche esigenze del trattamento.

[204] Dai dati recentemente forniti dal ministero della Giustizia, che fotografano la situazione della fase dell'esecuzione penale in Italia al 30 giugno 2004, emerge a chiare lettere che, se non fosse per l'attuale massiccio ricorso all'accesso ad una delle misure alternative alla detenzione, i

Tuttavia, il dibattito sulle istituzioni penitenziarie non può incentrarsi – come è stato fatto di recente rilevare [205] – soltanto sulla riforma del sistema sanzionatorio, ed, in particolare, sulle sanzioni alternative alla detenzione, trascurando di affrontare temi assolutamente centrali quali quelli concernenti gli «strumenti necessari per migliorare le condizioni di detenzione, le forme di controllo della legalità nei luoghi di privazione della libertà personale e i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali delle persone detenute».

Pertanto, l'obiettivo primario – soprattutto in una prospettiva costituzionalmente orientata come la nostra – dovrebbe essere quello di «soddisfare le istanze di legalità che investono anche la fase dell'esecuzione penitenziaria», garantendo ai detenuti «la più ampia fruizione dei diritti nei limiti segnati dalla compatibilità con le esigenze della vita carceraria», non dimentichi, però, del fatto che l'effettività del riconoscimento di un diritto «passa per la possibilità di una sua tutela effettiva, nel rispetto di quelle garanzie, anche procedurali, che nessuno negherebbe all'uomo *libero*» [206].

Ed una tutela effettiva dei diritti dei detenuti si può perseguire non soltanto facendo ricorso «agli strumenti forniti dalle pur necessarie forme di tutela giurisdizionale», ma anche attraverso una rivisitazione della normativa penitenziaria riguardante i diritti dei detenuti, «una più puntuale definizione normativa di quei diritti» [207], che può essere perseguita percorrendo strade diverse.

In tal senso, c'è chi invoca a gran voce l'introduzione, in materia penale, di una «riserva di codice», una «nuova codificazione», indubbiamente «complessa e voluminosa», informata al principio «*tutto il penale nei codici*, *nulla fuori dei codici*», sulla considerazione che il diritto penale, incidendo sulle libertà dei cittadini, assume una rilevanza «quasi-costituzionale», e, pertanto, non è possibile lasciarlo «quotidianamente esposto agli umori contingenti delle maggioranze di governo e al sopravvenire di sempre nuove emergenze» [208].

---

problemi del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria sarebbero oggi più che raddoppiati, considerato che a fronte di 35291 detenuti in carcere con condanna passata in giudicato, vi sono ben 37685 altri detenuti sottoposti alle misure alternative alla detenzione (di cui il 65% ha ottenuto l'affidamento ai servizi sociali, il 28% ha ottenuto la detenzione domiciliare ed il restante 7% la semilibertà).

[205] Cfr. la relazione illustrativa al disegno di legge di iniziativa parlamentare n. 411 presentato il 1° giugno 2001 alla Camera dei Deputati dall'on. Pisapia ed altri, nel quale si propone l'istituzione del «*Difensore civico delle persone private della libertà personale*».

[206] Così M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 210 e 237.

[207] M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 17 del dattiloscritto.

[208] Cfr. L. FERRAJOLI, *La pena in una società democratica*, cit., 28, secondo cui questa riserva di codice dovrebbe comportare che tutte le norme in materia di reati, pene e processi debbano trovare posto nel codice penale o in quello processuale «e che nessuna possa essere introdotta se non con una loro modificazione, da approvarsi con procedure legislative aggravate», onde costringere il legislatore «a farsi carico ogni volta dell'unità e della coerenza dell'insieme.

Nella stessa direzione, anche se per un'altra strada, forse più diretta, ma non meno complessa, si muovono quanti auspicano la redazione di un catalogo dei diritti che devono essere riconosciuti ai soggetti in stato di detenzione, accompagnato dalla previsione di strumenti di tutela adeguati, secondo la proposta diretta alla concretizzazione di quello che potrebbe essere definito, secondo Marco Ruotolo, un autentico «*Statuto dei diritti dei detenuti*», ovvero un vero e proprio «*Codice dei diritti delle persone private della libertà*», come preferisce, invece, qualificarlo Alessandro Margara.

Tuttavia, la consapevolezza che i tempi per la redazione di un autentico «*Statuto dei diritti dei detenuti*» non sembrano ancora maturi – dovendosi ancora completare quel processo di maturazione di una «coscienza dei diritti delle persone recluse» non solo negli stessi detenuti, ma soprattutto nella comunità esterna [209] – ha indotto a prendere in seria considerazione, in una prospettiva più immediata, l'istituzione – funzionale all'individuazione di altre forme di controllo della legalità nelle carceri, che si aggiungono a quelle già esistenti – di «nuovi soggetti istituzionali ai quali le persone recluse possano rivolgersi senza vincoli di forma per attivare un controllo e una verifica delle condizioni di detenzione» [210].

Il riferimento è, ovviamente, alla proposta di istituzione del «*Difensore civico delle persone private della libertà personale*», contenuta in diversi disegni di legge di iniziativa parlamentare presentati nel corso della XIII e della XIV legislatura, il quale dovrebbe agire in condizioni di autonomia e di indipendenza rispetto all'Amministrazione della giustizia, avvalendosi di penetranti poteri ispettivi, rispondenti all'esigenza di controllare e verificare le condizioni di detenzione [211].

Proprio nell'intento di anticipare in qualche modo questa auspicabile legislazione nazionale in materia, a livello locale il Comune di Roma ha già istituito la figura del «*Garante dei diritti e delle opportunità delle persone private della libertà personale*», un Ufficio con funzioni di promozione e tutela dei diritti e delle opportunità delle persone comunque private della libertà personale, con particolare riferimento ai diritti fondamentali [212]; ed anche la Re-

---

[209] Cfr. S. MARGARA, *Garanzia dei diritti in carcere*, cit., 413.

[210] Così M. RUOTOLO, *Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana*, cit., 17 del dattiloscritto.

[211] Per un'accurata ricostruzione dei disegni di legge *in itinere* relativi all'istituzione di un «Difensore civico delle persone privare della libertà personale» si rinvia a M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 233 ss., il quale sottolinea la portata innovativa della proposta, che potrebbe condurre ad una più compiuta definizione dello stesso contenuto dei diritti dei detenuti, anche grazie alle sollecitazioni che proverrebbero dalla relazione annuale del difensore al Parlamento sulle condizioni detentive.

[212] L'Ufficio del «Garante dei diritti e delle opportunità delle persone private della libertà personale» è stato istituito con delibera del Consiglio comunale del 14 maggio 2003, n. 90 e

gione Lazio, nell'ambito delle iniziative di solidarietà sociale, ha introdotto la figura del «*Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale*»[213].

È evidente che tanto l'istituzione, a livello nazionale, di un Difensore civico delle persone private della libertà personale, di cui si disciplinino adeguate forme di pubblicità dei risultati ottenuti, quanto l'introduzione di altre previsioni dirette comunque a favorire «un'apertura dell'istituzione penitenziaria al *controllo dell'opinione pubblica*», potrebbero fornire un significativo contributo a quella maturazione di una «*coscienza dei diritti dei detenuti*», «prodromica ad una loro più compiuta affermazione nella realtà …»[214].

Tuttavia, qualsiasi tipo di intervento legislativo dovrebbe prima di tutto inserirsi nel quadro di quell'auspicato *mutamento culturale*, che coinvolga non solo l'istituzione penitenziaria ma anche la c.d. comunità esterna[215], e che porti a superare quella visione, tuttora persistente, del carcere come luogo della *spersonalizzazione* e della *segregazione*, in cui si assiste – come affermato di recente in un'intervista da Valerio Onida con espressione particolarmente dura – «all'applicazione pratica del diritto, quando diventa carne e sangue»[216].

Tale visione si pone, infatti, in aperto contrasto con quel principio basilare dello Stato liberale e democratico, richiamato con forza anche dalla nostra Carta costituzionale, del «rispetto della dignità umana nei suoi termini essenziali ed insopprimibili»: nessuna «ragion di Stato» impropriamente addotta può, dunque, consentire di giustificare – anche nell'ambito dell'ordinamento penitenziario – atti e comportamenti lesivi del *principio supremo del rispetto*

---

successiva delibera della Giunta comunale del 30 luglio 2003, n. 462. Il Garante esercita, in particolare, le funzioni di: *a*) promozione di iniziative di sensibilizzazione pubblica sul tema dei diritti umani delle persone private della libertà personale e della umanizzazione della pena detentiva; *b*) segnalazione alle autorità competenti delle eventuali violazioni di diritti, garanzie e prerogative delle persone detenute, nonché un'opera di assidua informazione e di costante comunicazione alle autorità stesse relativamente alle condizioni dei luoghi di reclusione.

[213] Il «Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale» è stato introdotto in base alla legge reg. n. 31/2003, con il compito di: *a*) assumere ogni iniziativa volta ad assicurare che alle persone presenti negli istituti penitenziari siano erogate le prestazioni inerenti al diritto alla salute, al miglioramento della qualità della vita, all'istruzione e alla formazione professionale e Ogni altra prestazione finalizzata al recupero, alla reintegrazione sociale ed all'inserimento nel mondo del lavoro; *b*) proporre agli organi regionali gli interventi amministrativi e legislativi da intraprendere per contribuire ad assicurare il pieno rispetto dei diritti dei detenuti.

[214] Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit., 236.

[215] Cfr. S. MARGARA, *Garanzia dei diritti in carcere*, cit., 413, secondo cui ciò contribuirebbe ad una *garanzia effettiva dei diritti dei detenuti*, attraverso «la formazione in essi della coscienza di quei diritti, la maturazione delle loro pretese».

[216] Cfr. l'intervista rilasciata al Corriere della sera dal Presidente emerito della Corte costituzionale, Prof. Valerio Onida, e pubblicata sul numero del 22 febbraio 2005.

*della dignità e della personalità del detenuto*, in quanto «del tutto estranei alla nostra cultura giuridica e costituzionale» [217].

L'obiettivo imposto, dunque, e da perseguire – chiaramente espresso oggi dall'art. 64 delle Regole penitenziarie europee – è quello per cui *la detenzione non deve aggravare le sofferenze inerenti ad essa*, non deve diventare insomma, come già ammoniva Francesco Carrara nel 1859, «pervertitrice del reo» [218], e proprio per questo occorre «che le condizioni di vita all'interno del carcere siano per tutti il più possibile umane e il meno possibile afflittive» [219].

Soltanto così facendo, infatti, è possibile fornire un'effettiva tutela a quel *residuo di libertà* che rimane comunque in capo al soggetto in stato di detenzione, e che – come riconosciuto dalla Corte costituzionale [220] – *è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale.*

[217] Così G.M. SALERNO, *Ragioni di Stato e dignità dell'uomo*, cit., 197 s.

[218] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), Firenze, 1907, X ed., vol. II, 10.

[219] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 394, per il quale «la sola cosa che si può e si deve pretendere dalla pena è che essa … non rieduchi ma neppure diseduchi; non abbia una funzione correttrice ma neppure una funzione corruttrice; non pretenda di rendere il reo migliore ma neppure lo renda peggiore».

[220] Cfr. la più volte citata sent. n. 349/1993.

# RELAZIONI, COMUNICAZIONI E INTERVENTI

# DIVERSITÀ DI BISOGNI, DIVERSA DISTRIBUZIONE DI RISORSE E TUTELA DEI DIRITTI NEL MERCATO DEI SERVIZI PUBBLICI. ESISTE ANCORA UN COMPITO PER LE POLITICHE PUBBLICHE?

*di Carlo Calvieri*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Alcune singolari prese di posizione della Corte costituzionale in tema di responsabilità e forme di gestione di servizi pubblici. – 3. Alcune brevi note in ordine alla sent. n. 272/2004 e le conseguenze relative alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica. – 4. Conclusioni.

## 1. *Considerazioni preliminari*

Le conclusioni dell'interessante e stimolante lavoro di Luisa Azzena prospettano nuove forme di tutela del soggetto debole, da intendersi secondo una dinamica che si muove, ormai, su di una pluralità di livelli.

Da tali indicazioni sembra potersi trarre una serie di segnali che possono essere ricondotti ad un, seppur moderato ottimismo, sul piano dell'elaborazione di nuove forme di tutela, estese a categorie tendenzialmente sempre più ampie, di soggetti deboli o posti in posizione di minorità.

Ma dietro tale auspicio, corroborato da una pur rilevante analisi giuridica, emerge un altro dato difficilmente confutabile e già messo in evidenza in dottrina [1].

Infatti, nonostante lo sforzo ricostruttivo della categoria giuridica del soggetto debole, perpetrato anche attraverso l'utilizzo e l'applicazione del metodo induttivo casistico e deduttivo normativo [2], non è possibile ricavare un catalo-

[1] M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. del dir.*, 1999, 25 ss.

[2] L. AZZENA si rifà a tali modelli ricostruttivi: vedi *retro*, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*, 35 ss.

go compiuto di tali condizioni di minorità, risolvendosi la scelta di inclusione nell'ambito di una determinata categoria o l'estensione di specifiche ed ulteriori forme di tutela, soprattutto laddove si mostrino necessarie particolari «*azioni positive*», in attività che sono proprie della politica ed in special modo della politica legislativa [3].

## 2. *Alcune singolari prese di posizione della Corte costituzionale in tema di responsabilità e forme di gestione di servizi pubblici*

L'attuale dato normativo allargato, aperto ormai alla dimensione internazionale e sovranazionale, ma ulteriormente frammentato sul piano regionale e locale e complicato dai riflessi di un modello democratico ove al *demos* non viene riconosciuta più solo una valenza rappresentativa, ma di piena partecipazione ad attività di interesse generale, offre anche lo spunto per una riflessione sulla incidenza che la giurisprudenza della Corte ha di recente avuto in tema di servizi pubblici in generale e di quelli svolti in ambito locale in particolare [4].

Non sembri eccessivo il salto logico tra il tema generale delle situazioni di debolezza e la specifica tematica connessa ai servizi pubblici.

Il servizio pubblico infatti deve, per sua natura, essere adeguato alle esigenze dei cittadini che oggi, più che assumere il ruolo di utenti-beneficiari, devono essere anche tutelati dalle disfunzioni del servizio stesso [5]. Il cittadino-utente rivendica quindi una serie di diritti: all'esistenza, alla certezza, alla funzionalità dei servizi di utilità sociale, alla razionalità organizzativa, al loro coordina-

---

[3] L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti deboli*, cit.; ma ancor prima si veda, in ordine al tema delle azioni positive, l'originale ed articolata analisi di M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 582 s. ove si anticipano molti argomenti oggi di significativa attualità.

[4] Indispensabile una precisazione sul piano definitorio, atteso che in tema di servizio pubblico non vi è piena convergenza tra giurisprudenza ordinaria e amministrativa. La Corte di Cassazione infatti individua il servizio pubblico nella sola attività di diretta erogazione dei servizi in favore della collettività (si veda Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 711). Di contro il Consiglio di Stato ha ritenuto che anche le attività svolte a favore di un ente pubblico, finalizzate all'erogazione di servizi in genere o addirittura qualsiasi attività di pubblico interesse, possa qualificarsi come servizio pubblico (in questo senso Cons. Stato Ad. Plen. 30 marzo 2000, n. 1 in *Cons. Stato*, 2000, I, 767).

[5] Le prestazioni connesse a tali servizi inoltre devono mirare non solo o non tanto a realizzare fini sociali o a promuovere lo sviluppo delle comunità locali, quanto a perseguire l'obiettivo di massimizzare l'efficienza di servizi già esistenti. Su tematiche attinenti si veda l'interessante raccolta di contributi in AA.VV., *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, a cura di E. ROSSI (Quaderni della scuola superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento-Pisa, n. 2), Padova, 2004.

mento, all'informazione sulla loro stessa esistenza. Tali diritti, spesso in concreto non trovano specifico diretto riscontro nelle rispettive discipline e ciò si svolge a scapito dello stesso maggior benessere della collettività, fine ultimo cui dovrebbero tendere i servizi pubblici [6].

Inoltre, se solo si ponga mente all'incidenza che il contenuto essenziale dei diritti a prestazione [7] ha sul complessivo tenore di vita del cittadino, al ruolo che numerosi servizi pubblici, anche in sede locale, svolgono nel campo della soddisfazione degli stessi diritti sociali, concorrendo in misura determinante alla fruizione effettiva di questi ultimi; si ha la misura della possibile interrelazione tra servizi pubblici e la tutela di determinate categorie di soggetti [8].

Ancora, le stesse modalità di gestione dei servizi pubblici, sul piano costituzionale, non possono fuoriuscire né dal modello sussunto dall'art. 43 della prima parte della Costituzione, per quelle modalità caratterizzate dalla riserva pubblica e/o dall'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte della pubbli-

---

[6] È noto che dopo la revisione del Titolo V della Costituzione sono le regioni gli attori principali, sul piano delle competenze legislative, in materia di servizi pubblici in generale e socio-assistenziali in particolare.

Tuttavia lo stesso art. 117, 2° comma, Cost. mantiene in capo allo Stato una funzione strategica per la *governance* del sistema di *welfare* nazionale: la definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.*

Per una prima valutazione della Revisione Costituzionale operata dalla legge cost. n. 3/2001 sia consentito, rispetto ai molti e certamente più rilevanti scritti in materia, un rinvio al mio, C. CALVIERI, *Stato Regionale in trasformazione. Il modello autonomistico italiano*, 2002, spec. 104 ss.

[7] È evidente che i *livelli essenziali delle prestazioni* (*LEP*) divengono uno dei principali strumenti di governo delle politiche sociali, in un sistema integrato dei servizi che si articola, da un lato, su piani istituzionali differenti, dall'altro in una rete di soggetti pubblici e privati che concorrono all'erogazione dei servizi e degli interventi.

Rimane però assai problematico immaginare le modalità attraverso le quali i *LEP* possono concretizzarsi. Secondo qualche autore compito dello Stato sarebbe quello di addivenire ad una puntuale legislazione che si ponga come ricognitiva e di coordinamento per l'individuazione di tali *LEP*.

Ma data l'ampiezza dell'area ove può svolgersi o rivestire rilievo il livello essenziale delle prestazioni una tale ricostruzione finisce con il favorire una eccessiva capacità di espansione della potestà legislativa statale che così avrebbe l'opportunità di svolgersi su ogni materia a dispetto del diverso raggio di competenza segnato in Costituzione e legittimando magari anche un intervento normativo secondario (sul punto si veda Corte cost., sentt. nn. 82/2002 e 288/2003).

Ora, che l'individuazione dei *LEP* costituisca una fondamentale funzione di coesione del sistema è indubbio, a fronte di un sistema di protezione sociale fortemente differenziato sul territorio e con potenziali elementi di forte sperequazione territoriale, ma pensare ad una legislazione in positivo, che traccia e definisce ogni *LEP*, con riferimento ad ogni diritto,civile e o sociale, è una pia illusione e forse un rimedio peggiore del male. Pare infatti preferibile immaginare la legislazione statale *ex* art.117, 2° comma, lett. *m*). come limite negativo e non come serie di disposizioni positive. Sul punto rinvio ancora al mio C. CALVIERI, *Stato Regionale in trasformazione*, cit., ed anche C. CALVIERI, *La potestà normativa primaria e secondaria delle regioni tra residualità e nuovi limiti*, in G. TARANTINI (a cura di), *Il Federalismo a Costituzione variata*, Torino, 2002, 69 s.

[8] E. ROSSI si veda *op.cit*., Parte III, *Sull'effettività della tutela dei diritti sociali.*

ca amministrazione, né dall'art. 41 per quei servizi gestiti in forma di vera e propria impresa [9].

Che i principi costituzionali appena richiamati, siano ancora pienamente vigenti non pare esservi dubbio, ma non mancano segnali dai quali tali disposizioni o quantomeno la parte storicamente più significativa delle stesse si troverebbe in uno stato di singolare quiescenza, una sorta di «ibernazione», secondo quanto sostenuto dalla stessa Autorità Garante per la Concorrenza e per il mercato con la segnalazione del 14 gennaio 2002 [10].

Tanto varrebbe allora abrogarle in via definitiva, seguendo la logica evolutiva del mercato come esclusivo valore? Una soluzione del genere in realtà si mostrerebbe il rimedio peggiore del male, mentre pare necessario operare la coniugazione delle tradizionali regole costituzionali in tema di rapporti economici con i nuovi principi di sussidiarietà nella loro duplice declinazione, verticale ed orizzontale, introdotta con la revisione del Titolo V della nostra Carta costituzionale.

In questo scenario, si sono sviluppati interessanti studi sul piano privatistico [11] che hanno anche portato a significative conquiste sul piano legislativo, si pensi alla introduzione nel codice civile delle clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore (art. 1469 c.c.) e la stessa recente legge in materia di amministratore di sostegno (legge n. 6/2004 [12], mentre qualche appunto non può non essere fatto alla Giurisprudenza della Corte costituzionale.

Infatti da alcune sue decisioni nel campo di cui ci si occupa, è possibile trarre alcuni assunti forse in singolare controtendenza con riferimento alla tutela del soggetto debole.

Mi riferisco in particolare ad una serie di pronunce che, nel tempo, hanno riguardato il tema dei servizi pubblici lambendo, in modo più o meno esplicito e significativo, il tema dei soggetti deboli.

Con la sent. n. 74/1992 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime costituzionalmente una serie di disposizioni legislative del T.U. in materia postale nella parte in cui non consentivano di comprendere nell'ambito della limi-

---

[9] S. NICODEMO, *I Diritti degli utenti alla fruizione di prestazioni essenziali.*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, Torino, 2004, 213 s.

[10] Vedi AGCM *Segnalazione del 14 gennaio 2002*, che, con riferimento specifico ai servizi pubblici specifica i temi della Riforma della regolazione e promozione della concorrenza. Vedi in part. lett. *d*).

[11] Molteplici i contributi della scuola civilistica che possono essere fatti risalire, già a ridosso dell'approvazione della legge n. 180, all'opera di Guido Alpa, Massimo Dogliotti e Giovanna Visintini.

Sulle fasi evolutive di tale percorso dottrinario si veda il recente contributo ricostruttivo di P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'Amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni* – reperibile all'indirizzo internet *www.filodiritto.com*, 2005.

[12] Su cui *amplius* P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli*, cit., spec. 15 ss.

tazione di responsabilità dell'Amministrazione delle poste i danni derivati da perdita totale di corrispondenza. Nel bilanciamento fra la responsabilità dell'Ente Poste in correlazione al basso prezzo del servizio e l'interesse dell'utente, per la Corte va (singolarmente) sacrificato, sull'altare della caratteristica universale del servizio [13], proprio la tutela di quest'ultimo.

Ancora più significativa e certamente ancor meno orientata alla tutela del soggetto svantaggiato, è la sentenza della Corte costituzionale n. 419/2000 [14]. Con tale decisione è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative che precludevano la trasformazione dei contratti in capo ai dipendenti a tempo determinato, in rapporti a tempo indeterminato.

Nel caso di specie va tenuto presente che la decisione interviene quando l'Ente Poste era stato già trasformato in società di capitali (S.p.A.) ed è particolarmente significativa perché, al fine di favorire il processo di privatizzazione in atto, paradossalmente va a pregiudicare i veri soggetti deboli (i lavoratori in posizione di precariato) e gli stessi diritti alla stabilità del posto di lavoro dei dipendenti che, in forza della mancata rimozione della speciale normativa di favore per l'Ente poste (art. 9, 21° comma, d.l. n. 510, 1° ottobre 1996), non potranno veder trasformati i contratti di lavoro in rapporti a tempo indeterminato.

Va chiarito che, quand'anche si fosse contestata, ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato, la mancanza del requisito del concorso – dando per sicura la natura pubblica dell'ente poste (il che sarebbe stato quanto meno discutibile) – non sarebbe venuta meno la ben nota possibilità di configurare anche contratti di diritto privato alle dipendenze di una P.A., senza contare poi che l'Ente Poste era già stato trasformato in S.p.A. stante la privatizzazione, seppure solo formale, nel frattempo intervenuta [15].

---

[13] Vedi Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 74, in *Giur. cost.*, 1992, 398 ss. Si veda altresì sull'argomento F. BILANCIA, *Una rimeditazione della responsabilità civile della P.A. e dei dipendenti pubblici alla luce di due recenti decisioni della Corte costituzionale*, ivi, 1618 ss.

[14] Vedi Corte cost., 13 ottobre 2000, n. 419, in *Giur. cost.*, 2000, 3117 ss. Ed ivi l'osservazione di A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, *inspiegabilmente torna indietro di cinque anni.*

[15] In materia segnali oltremodo negativi si ricavano anche da una serie di decisioni in tema di giurisdizione applicabile al pubblico impiego. Il passaggio dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a quella dell'Autorità giudiziaria ordinaria, infatti, ha comportato una serie di restrizioni interpretative che hanno determinato la fissazione di termini decadenziali che il Consiglio di Stato ha tratto dall'art. 45, d.lgs. n. 80/1998,come oggi confermato dall'analoga formulazione posta dall'art. 69, 7° comma, d.lgs. n. 165/2001 (T.U. sul pubblico impiego).Tale presa di posizione della superiore giurisdizione amministrativa, ha configurato una vera e propria ipotesi di decadenza dalla possibilità di proporre azioni contro l'Amministrazione da parte di dipendenti che rivendichino posizioni giuridiche soggettive sorte anteriormente al 30 giugno del 1998, con la conseguente estinzione anticipata del diritto in capo all'interessato. Tale assunto, assai criticabile sotto molteplici aspetti, che sarebbe troppo lungo svolgere nell'economia del presente lavoro, al momento risulta condivisa sia dalla Corte di Cassazione (si veda Cass., sez.

In questo caso, per la Corte, diviene soggetto «debole», in quanto meritevole di maggior tutela, l'ente pubblico economico trasformato in S.p.A. e non il lavoratore in posizione di precariato alle sue dipendenze (!).

Eppure la stessa Corte costituzionale con la sent. n. 241/1990 [16] aveva riconosciuto l'importanza del programma di eliminazione delle disuguaglianze riconoscendo l'obbligo a contrarre dell'operatore in posizione di monopolio, in coerenza con l'art. 41 Cost .

Con la sent. n. 413/2002 [17], la Corte prende anche posizione in ordine alla possibilità di consentire affidamenti diretti ad aziende pubbliche e private, affidatarie senza gara, seppure per un periodo transitorio nel campo della distribuzione del gas (art. 15, 10° comma, d.lgs. n. 164/2000).

Qui l'assunto centrale sembra la necessità di salvaguardare sul piano costituzionale, attraverso la «promozione» della concorrenza, determinate imprese pubbliche e private, anche se ciò comporta misure temporanee di natura derogatoria.

In pratica già da tali decisioni emerge come, per la Corte costituzionale sarebbero giustificate scelte legislative volte a prefigurare una particolare tutela dell'*interesse debole* anche a costo d'applicare le regole dell'eguaglianza sostanziale anche alla categoria dell'impresa. Assunto questo, che dimostra come per la Corte anche tali singolari forme di tutela non siano poi così paradossali, come invece evidenziato da pur autorevole dottrina [18].

## 3. *Alcune brevi note in ordine alla sent. n. 272/2004 e le conseguenze relative alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle forme di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica*

Ulteriori profili problematici possono poi trarsi dalla più recente sent. 27 luglio 2004, n. 272 [19].

---

un., ordinanza 6 febbraio 2003, n. 1807 in *Giust. it.*, e *Giust. amm.*, n. 4, 2003) e quel che è peggio, dalla stessa Corte cost. con sent. 27 marzo 2003, n. 89, con cui rigetta la questione di costituzionalità, opportunamente sollevata dal Tribunale di Pisa. Per un primo commento adesivo ma, dall'ottica dell'amministratore pubblico, si veda R. NOBILE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato negli enti locali in relazione al divieto di conversione a tempo indeterminatodopo la sentenza della Corte costituzionale 13 marzo 2003, n. 89*, in *Lex Italia*, nn. 7-8, 2003.

[16] Vedi Corte cost. 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur. cost.*, 1990, 1467. Per la Corte nel caso di specie la SIAE non era monopolista *ex lege*, ma esercitava di fatto tale ruolo per cui da ciò non poteva che derivare l'obbligo a contrarre ed il conseguente divieto di discriminazioni arbitrarie.

[17] V. Sentenza Corte cost. 26 luglio 2002, n. 413, in *Giur. cost.*, 2002.

[18] Vedi M. AINIS, *I soggetti deboli*, cit., 25 ss.

[19] V. Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272 in *Giur. cost.*, 2004, 2748 ss. e, ivi, il commento di S.

Con tale decisione la Corte ha in primo luogo dichiarato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata da alcune Regioni (Emilia Romagna Toscana, Basilicata e Umbria) in ordine alla disciplina normativa dettata dallo Stato in ordine alle forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Secondo il Giudice delle leggi tali disposizioni dovrebbero farsi rientrare nella competenza legislativa statale ed in particolare entro l'alveo della «materia» *tutela della concorrenza*, proprio in forza della loro interferenza con il tema dei servizi la cui natura intrinseca sia economica.

Infatti, per «*tutela della concorrenza*» non si deve intendere solamente l'attività di tutela «in senso stretto», cioè l'attività di vera e propria valorizzazione delle c.d. scelte di mercato, ma anche quella idea, più ampia, di «promozione» della concorrenza che comprende tutte le possibili misure destinate a creare le future e forse migliori condizioni di sviluppo del mercato e che, in quanto tali, possono anche giustificare, seppure in via transitoria, particolari forme di regolazione disciplinate da fonti statali e che, a loro volta, entro l'ambito di competenza statale, dettato dalla «materia-funzione» *tutela della concorrenza*, ben potrebbero legittimare una riduzione dello spazio legislativo regionale.

Tale argomento finisce quindi con il salvaguardare quel patrimonio di aziende pubbliche impegnate nel campo della gestione dei servizi pubblici di rilevanza economico – industriale anche caratterizzate da una partecipazione totalitaria pubblica.

Per la Corte tali misure appaiono necessarie, proporzionate ed idonee a garantire l'unità e la coerenza del sistema.

Ergo, data la previsione statale in favore di realtà imprenditoriali, tutte pubbliche, che possono beneficiare dell'affidamento diretto di servizi di rilevanza economica senza passare da una procedura di gara, questa modalità viene ritenuta non in contrasto con la logica di una concorrenza intesa non solo come mera tutela, ma anche in chiave promozionale secondo quanto sopra specificato.

Ma il dato più significativo della decisione in esame si trae dal fatto che pervenendo all'esame di quelle censure svolte dalle regioni anche nei confronti della disciplina statale regolante le forme tipiche di gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, la Corte compie un richiamo assai originale al c.d. Libro Verde dei servizi di interesse generale redatto dalla Commissione

---

BELLOMIA, *A proposito di servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali*, 2760 e ss., nonché F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V parte II della Costituzione: la sent. n. 272 e l'odinanza n. 274/2004*, in *Forum di Quaderni cost.*, ora in *Le regioni*, n. 1, 2005. L'A. però non sembra cogliere la forte discrasia intrinseca al pronunciamento della Corte che finisce con l'annullare proprio la disciplina che, pur esulando dalla «*tutela della concorrenza*», acquisisce un valore estremamente rilevante a dispetto di quanto possa sostenere la Corte proprio nell'ambito dei *LEP* di cui all'art. 117, 2°comma, Cost.

nel maggio 2003. Tanto più curioso appare tale riferimento se solo si ponga mente al fatto che, nel complesso, si tratta di un documento meramente interlocutorio che si sostanzia in una mera richiesta di ulteriori approfondimenti secondo una procedura ancora non definitivamente conclusa [20].

Sulla scorta di un richiamo di così difficile classificazione, non potendo essere certo equiparato (il Libro verde sui servizi di interesse generale) come regola di diritto vivente del nostro ordinamento, la Corte finisce con l'escludere, e giustamente potremo dire in questo caso, la portata applicativa della concorrenza (intesa in senso stretto) ma senza che si ritenga necessario far alcuna menzione della nozione di promozione della concorrenza, anche perché, evidentemente, si ritengono i servizi privi di rilevanza economica tra quelli per i quali non sono necessarie particolari misure propedeutiche all'instaurazione della concorrenza e/o del mercato, sia per la natura del servizio che per ragioni che potremo anche definire di opportunità (si pensi a servizi in settori peculiari come quelli che oggi sono svolti dai Vigili del fuoco, dagli Istituti di pena, dalle Scuole).

Ma se così è non si comprende appieno lo stesso richiamo al Libro verde che, sotto l'ampia classificazione di tali servizi entro la categoria dei servizi di interesse generale, di per sé non esclude l'apertura al mercato ed alla concorrenza nemmeno per i servizi di interesse sociale.

È invece proprio nel settore dei servizi sociali (legge n. 328/2000) e nel campo dei servizi alla persona in genere, che traspare la necessità di approntare un'insieme di attività in settori delicatissimi al fine di scongiurare la moltiplicazione di forme di minorità. Vengono infatti in rilievo situazioni giuridiche soggettive strettamente connesse con i diritti sociali nel campo della Sanità e dell'Istruzione, solo per citare i settori più rilevanti ed ormai declinati alla competenza legislativa esclusiva regionale.

Bene, in questo campo la Corte presta il fianco ad ulteriori critiche laddove esclude la competenza legislativa statale, sia in ordine all'esclusione dal campo di applicazione a tali servizi, della competenza esclusiva dettata per le *funzioni fondamentali* di comuni e province (art. 117, 2° comma, lett. *p*), Cost.), sia dal campo applicativo della *tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali* (art. 117, 2° comma, lett. *m*), Cost.).

Non convince la prima esclusione, dato che oggi ogni Amministrazione locale è fondamentalmente un'amministrazione erogatrice di servizi, per cui non può che ridursi ad un assunto meramente apodittico quello utilizzato dalla

[20] Procedura oggi arricchita con l'adozione del c.d. libro bianco sui servizi pubblici, vedi comunicazione della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, in *Commissione delle Comunità Europee*, *Bruxelles 12 maggio 2004 com (2004) 374 definitivo*, che fornisce una prima serie di risposte in ordine ai servizi di interesse generale.

Corte quando afferma che: «*la questione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale*» [21].

Ancora, ulteriori dubbi emergono dal non aver riconosciuto la portata della competenza statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali (*LEP*).

Qui è quasi inesistente l'impianto motivazionale della Corte che cade in aperta contraddizione quando sostiene che le censure riguardano in prevalenza servizi di rilevanza economica che comunque non attiene ai livelli essenziali (?).

In realtà la questione sollevata è chiaramente coinvolgente anche i servizi privi di rilevanza economica al punto che, la Corte, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 113-*bis* del d.lgs. n. 267/2000, con buona pace di quelle forme di gestione pensate in chiave di erogazione solo pubblicistica o comunque derogatorie dal prototipo privatistico, perché in prevalenza orientate alla tradizionale tutela (in chiave pubblicistica,appunto) di una svariata serie di categorie deboli.

Ora, al di là del merito, cancellare le peculiari tipologie dell'*Istituzione*, dell'*Azienda Speciale* e delle *Società partecipate* dal novero dei soggetti titolati a svolgere tali funzioni, significa privare di copertura normativa una serie di realtà pubbliche impegnate nel sociale.

Ciò sembra contraddire quella tradizionale prudenza che la stessa Corte ha manifestato, seppure sulla base di ragioni opposte, (di tutela da troppo incisive misure, estensive e costose, in favore dei soggetti deboli), pronunciandosi a mezzo della tecnica decisionale delle sentenze c.d. additive di principio, e ciò anche al fine di non colmare il «vuoto» dell'illegittimità attraverso la creazione di una norma priva di copertura finanziaria. Adottare anche in questo caso una decisione di tale natura avrebbe salvaguardato importanti strutture esistenti, oggi invece alla ricerca di una «rapida» copertura legislativa regionale e certamente non salvaguardate dal pericoloso vuoto normativo.

Una additiva di principio invece, oltre a non lasciare spazi pericolosamente incompleti nel tessuto normativo, avrebbe, al tempo stesso, potuto facilmente mettere in luce la natura meramente cedevole della legislazione statale in materia, che sarebbe quindi venuta meno con l'entrata in vigore della specifica legge regionale .

## 4. *Conclusioni*

Dato quanto precede, si potrebbe semplicisticamente concludere soste-

[21] Sent. n. 272/2004, cons. dir., cit.

nendo che è ormai venuto meno il tempo dell'impegno del potere pubblico nel campo dei servizi che rientrano a pieno titolo nel mercato, che, a sua volta, mal si concilia con regole vincolistiche dettate dal potere pubblico. Ma che il settore dei servizi sociali (e probabilmente buona parte dei servizi pubblici in senso lato) imponga un significativo impegno da parte del settore pubblico non è né una novità né una reliquia del passato.

Già Amartya Sen [22] aveva segnalato che la diversità dei bisogni richiede che le risorse vengano distribuite diversamente per poter offrire funzionamenti tali da garantire un effettivo sviluppo delle diverse capacità.

Martha Nussbaum [23] aggiunge che è compito delle politiche pubbliche operare tale redistribuzione, anche per contrastare tutti quei meccanismi che altrimenti finirebbero per limitare le capacità di particolari individui ed i loro stessi bisogni.

La capacità è infatti un «concetto esigente». Richiede che siano predisposte le condizioni per il suo sviluppo e per la sua messa in pratica, per cui diviene fondamentale il ruolo delle politiche pubbliche come politiche «abilitanti» che danno luogo a «capacità combinate», per utilizzare il linguaggio della Nussbaum [24]

Un tale concetto non è del tutto nuovo, fu infatti T. Marshall [25] ad individuare una sfera dei diritti sociali come abilitanti quelli (o una parte di quelli) civili e politici: *istruzione*; *sicurezza del reddito*, *garanzia di cure in malattia*, *abitazione*.

Tali diritti quindi non solo sono necessari in sé, ma anche e soprattutto per lo stesso pieno esercizio di diritti civili e politici.

La tensione della tutela derivata di taluni diritti sociali, che per Marshall andrebbero tutelati in senso stretto o attraverso l'appartenenza a determinate comunità, familiare, scolastica, di lavoro, etnica, ecc. …, di fatto si spostano attraverso la valorizzazione delle capacità, sull'individuo, al suo diretto benessere come essere umano singolare.

---

[22] A. SEN, *La ricchezza della ragione. Danaro*, *valori*, *identità.* Bologna, il Mulino 2000,che ritiene insufficiente la stessa ricostruzione di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982 in quanto non idonea a garantire la piena tutela e relativa libertà di espressione anche a quei soggetti posti in posizione di minorità. Sul tema dell'eguaglianza si veda anche T. NAGEL, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991, trad. it., *I paradossi dell'uguaglianza*, Milano, 1993.

[23] Si tratta di una delle voci più interessanti ed innovative del panorama filosofico contemporaneo e che ci porta a riflettere sulla necessità di costruire un modello di dignità fondato su nuovi paradigmi e necessariamente inclusivo delle situazioni connotate da minori o diverse abilità; vedi MARTHA C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana da individui a persone*, Bologna, 2002.

[24] MARTHA C. NUSSBAUM, *op. cit*., 33 s. In particolare un essere umano è veramente degno di essere tale se si riconosce nella lista che la stessa Autrice redige e che ritiene essenziale al fine di riconoscere comportamenti essenzialmente umani. Vedi 75 s.

[25] T. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1956), trad. it. Torino, 1976.

Chiari indici e altrettante ricerche dimostrano infatti che, nell'ambito di importanti sfere istituzionali, di fatto si sviluppano o quanto meno coesistono una serie di pratiche comportamentali fortemente illiberali.

E questo non accade solo, come ricordato dal Colin Crouch [26] nell'ambito della famiglia o delle comunità etniche, in cui le persone in posizione di autorità spesso si impongono parlando a nome di tutti, ma in molti altri ambiti e sedi naturali di sviluppo di determinati importanti diritti sociali, ambienti di studio e, ovviamente, di lavoro.

[26] C. CROUCH, *Sociologia dell'Europa Occidentale*, Bologna, 2001.

# APPUNTI IN TEMA DI *WEB USABILITY* E SOGGETTI DEBOLI

*di Luisa Cassetti*

SOMMARIO: 1. L'accessibilità e l'usabilità di un sito web dinanzi alle prospettive della *e-democracy*. – 2. *Web usability* e siti della pubblica amministrazione nell'attuazione dell'*e-government*. – 3. Il contenuto delle regole sulla *web usability*. – 4. L'usabilità dei siti della pubblica amministrazione tra Stato e autonomie regionali e locali.

## 1. *L'accessibilità e l'usabilità di un sito web dinanzi alle prospettive della* e-democracy

L'accessibilità dei siti web costituisce una precondizione per garantire che la diffusione delle nuove tecnologie e l'uso della Rete si uniformi ai valori della democrazia fondata sul bilanciamento tra libertà ed eguaglianza.

Il principio di eguaglianza applicato alla costruzione della c.d. *e-democracy*, imporrebbe una inclusione senza discriminazioni rispetto al diritto di accesso alla comunicazione ed alle informazioni che passano attraverso internet [1].

Il risultato finale della più ampia accessibilità presuppone a sua volta l'eliminazione di tutta una serie di ostacoli che non facilitano la comunicazione delle informazioni ovvero precludono l'uso delle nuove forme di comunicazioni alle persone disabili.

Tale prospettiva di intervento dei pubblici poteri al fine di ridurre, se non eliminare, forme di esclusione dall'accesso alle informazioni che circolano nel web si fonda sul principio di eguaglianza in senso sostanziale proclamato dal 2° comma dell'art. 3 Cost. Ciò significa che la democratizzazione delle tecno-

[1] Cfr. P. COSTANZO, *La democrazia elettronica (note minime sulla cd. e-democracy)*, in *Dir. informazione e dell'informatica*, 2003, 465 ss., 479, ove l'autore, citando gli studi elaborati da esperti britannici, richiama una sorta di *check list* in cui al primo posto si trova appunto il principio di inclusione indiscriminata: il diritto di accedere indiscriminatamente alla Rete costituisce la proiezione del tradizionale principio di eguaglianza.

logie informatiche e delle nuove forme di comunicazione non può prescindere dalla cooperazione funzionale tra la logica della non discriminazione (nella garanzia del diritto di accesso) e la predisposizione in concreto degli strumenti in grado di garantire a tutti l'usabilità delle tecnologie medesime.

L'usabilità di un sito (*web usability*) è un requisito/parametro che esprime il livello di adeguatezza dei contenuti/funzionalità e degli strumenti tecnici (che rendono accessibili i contenuti e realizzabili le funzionalità del sito) sia fra di loro, sia rispetto ai fruitori (cioè a tutte le persone che vi accedono e che fruiscono dei servizi offerti dal sito) ed al contesto più generale (il mondo)[2]. Nella valutazione dell'usabilità di un sito occorre cioè verificare se, ed in quale misura, la comunicazione ed i servizi che passano attraverso quello strumento arrivino effettivamente ai fruitori degli stessi, tenendo conto del fatto che le aspettative dipendono dal contesto generale del mercato ovverosia dall'offerta di siti in quel determinato settore e sono quindi soggette a mutamenti rapidi imposti da un mercato operativo particolarmente veloce quale è appunto internet. In linea generale, progettare l'usabilità di un sito presuppone un'analisi attenta delle caratteristiche della persona che è potenzialmente interessata ai contenuti/funzionalità del sito stesso: nell'ambito di queste caratteristiche occorre considerare non solo il livello di conoscenza di internet, l'atteggiamento del visitatore, le sue preferenze, la velocità di connessione, la fascia di età, il grado di conoscenza del sito e la professione svolta, ma anche la eventuale disabilità, che può essere motoria, uditiva o psichica. Dall'incrocio delle informazioni su ciascun singolo aspetto si ricava il profilo della persona alla quale si rivolge l'offerta delle comunicazioni e dei servizi del sito in via di progettazione[3]. Secondo questo tipo di impostazione l'informazione relativa alla disabilità contribuisce ad arricchire le possibilità di successo di comunicazione e di fruizione del sito web, in quanto esprime una caratteristica soggettiva che condiziona la scelta delle soluzioni tecniche in grado di rendere quel sito effettivamente usabile e accessibile a tutti.

---

[2] Così J. NIELSEN, *Presentazione* al volume di L. CANTONI-N. DI BLAS.-D. BOLCHINI, *Comunicazione*, *qualità*, *usabilità. Verso un'usabilità che metta al centro i contenuti: una nuova metodologia per la progettazione e la valutazione dei siti Web*, Milano, 2003, 28.

[3] Secondo l'esempio elaborato da L. CANTONI-N. DI BLAS-D. BOLCHINI, *Comunicazione*, cit., 37, dalla combinazione delle diverse caratteristiche si ottiene, ad esempio, il profilo di una persona con una approfondita conoscenza di internet, con un atteggiamento impaziente, che preferisce cercare letture on line, abituato a connettersi con una velocità di 56-256 Kb, di età compresa tra i 25 ed i 35 anni, con una conoscenza generica dei contenuti del sito, di professione insegnante ed affetto da una disabilità uditiva.

## 2. Web usability *e siti della pubblica amministrazione nell'attuazione dell'*e-government

Se si applicano questi criteri alla progettazione dei siti web delle pubbliche amministrazioni, le quali nel quadro delle strategie di *e-governmen*t [4] stanno trasformando modalità e tecniche di erogazione dei servizi ai cittadini, ci si rende conto del fatto che il requisito della *web usability* condiziona l'effettività di tutta una serie di diritti fondamentali della persona nei confronti della pubblica amministrazione che eroga informazioni in via telematica (v. es. il diritto di accesso e di reclamo per *e-mail*) ovvero che eroga on line servizi essenziali per il diritto alla salute ovvero per l'adempimento dei doveri del cittadino contribuente (es. emissione di una carta sanitaria o di una carta dei servizi). Quanto più veloce è l'ammodernamento della pubblica amministrazione nella gestione *on line* di tutta una serie di servizi al cittadino, tanto più pressante dovrebbe essere l'impegno a realizzare *standards* ottimali di accessibilità ed usabilità per i siti pubblici.

Se si analizzano le diverse fasi delle strategie di *e-government* elaborate nel corso degli ultimi cinque anni ci si rende conto del fatto che già nel 2001 una circolare del Ministero per la funzione pubblica raccomandava una serie di linee guida per garantire l'usabilità e l'accessibilità dei siti della pubblica amministrazione: in particolare, si sottolineava l'importanza di sfruttare le potenzialità dei linguaggi dei nuovi strumenti informatici, vista la «naturale» propensione delle nuove tecnologie a tradurre il testo scritto in diverse modalità percettive.

Sotto il profilo tecnico si consigliava di limitare al massimo l'uso di immagini e di animazioni e di evitare scritte lampeggianti o in movimento al fine di evitare crisi nelle persone affette da disturbi nervosi o da problemi cognitivi; per le altre forme di disabilità (visiva e uditiva) si raccomandava di corredare le componenti sonore di segnalazioni alternative visive, di allegare ai filmati la descrizione testuale delle immagini e di inserire la sottotitolazione dei dialoghi [5].

---

[4] Ovverosia delle iniziative che tendono a sfruttare le nuove tecnologie dell'informatica e delle telecomunicazioni per l'ammodernamento della pubblica amministrazione, sia a livello centrale, sia a livello regionale e locale: sul punto v. A. NATALINI, *L'e-government nell'ordinamento italiano*, in G. VESPERINI (a cura di), *L'e-government*, Milano, 2004, 1 ss.; per un'analisi delle strategie di *e-government* negli Stati membri dell'UE, v. COMITATO DELLE REGIONI DELL'UNIONE EUROPEA, *Il rafforzamento della democrazia regionale e locale nei paesi dell'Unione europea*, a cura di B. CARAVITA DI TORITTO-L. CASSETTI, Lussemburgo, 2004, 2 voll.

[5] Cfr. Ministero della funzione pubblica, circ. 13 marzo 2001, n. 3, 2001, Linee guida per l'organizzazione, l'usabilità e l'accessibilità dei siti web delle pubbliche amministrazioni, Allegato A (Le regole di accessibilità), in *www.governo.it*.

Per l'implementazione delle strategie di *e-government*, il governo nominato dopo le elezioni del 2001 ha scelto la soluzione organizzativa della delega delle funzioni connesse a questo complesso programma di ristrutturazione dell'apparato amministrativo al Ministro senza portafoglio dott. Lucio Stanca e della creazione di un apposito Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie presso la Presidenza del Consiglio [6]. Le politiche di *e-government* hanno portato alla istituzione di un Fondo per il finanziamento dei progetti di innovazione tecnologica nelle pubbliche amministrazioni [7]: come vedremo più avanti, talune regole sulla gestione della spesa per l'ammodernamento informatico delle pubbliche amministrazioni sono state contestate dalle regioni e la Corte costituzionale ha chiarito i confini e le condizioni procedurali dell'azione statale in materia di *e-government*.

Il piano coordinato dell'azione del Ministro per l'innovazione e le tecnologie al fine di promuovere l'usabilità dei siti della pubblica amministrazione ha preso forma con la legge n. 4/2004 (c.d. legge Stanca), che contiene «Disposizioni per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici» [8]. È del febbraio di quest'anno l'approvazione del regolamento di attuazione di questa legge (d.p.r. 1° marzo 2005, n. 75), con il quale il governo ha chiarito le nozioni tecniche (accessibilità, tecnologie assistite, ecc.) e ha definito procedure e competenze in ordine alla c.d. valutazione tecnica che dovrebbe certificare il grado effettivo di accessibilità di ogni sito web [9].

La centralità del profilo dell'usabilità per un'amministrazione che sta metabolizzando gli strumenti comunicativi ed operativi forniti dalle nuove tecnologie è confermata dalla recentissima approvazione da parte del Consiglio dei ministri del decreto legislativo contenente il «Codice dell'amministrazione digitale» che all'art. 56 impone alle amministrazioni centrali che realizzano siti istituzionali su reti telematiche di rispettare «i principi di usabilità, reperibili-

---

[6] Su proposta del Ministro Stanca il presidente del Consiglio ha adottato la direttiva del 30 maggio 2002 avente ad oggetto la conoscenza e'uso del dominio internet «*gov.it*» e l'efficace interazione con il portale nazionale «*Italia.gov.it*» con le pubbliche amministrazioni e le loro diramazioni territoriali: i siti facenti parte del dominio *gov.it* dovranno in particolare presentare livelli di accessibilità conformi al livello A di accessibilità previsto dal WAI del consorzio W3C, ovverosia del *World Wide Web Consortium* nato nell'ottobre 1994 per portare il web alla sua massima potenzialità definendo protocolli comuni con la finalità di promuoverne l'evoluzione, garantendo l'interoperabilità. Uno degli obiettivi primari del W3C è quello di garantire l'accesso universale: per l'attività del W3C in Italia v. *http://www.w3c.it*.

[7] Fondo istituito con la legge finanziaria per il 2003 (v. art. 26, legge n. 289/2002).

[8] Legge 9 gennaio 2004, n. 4, in *G.U.* 17 gennaio 2004, n. 13.

[9] Cfr. d.p.r. 1° marzo 2005, n. 75 concernente il Regolamento di attuazione della legge 9 gennaio 2004, n. 4 (Legge Stanca), per favorire l'accesso dei soggetti disabili agli strumenti informatici approvato dal Consiglio dei ministri in data 25 febbraio 2005, in *G.U.* 3 maggio 2005, n. 101.

tà, accessibilità anche da parte delle persone disabili, completezza di informazione, chiarezza di linguaggio, affidabilità, templicità di consultazione, qualità, omogeneità ed interoperabilità». Per quanto riguarda le amministrazioni regionali e locali, il 2° comma, dell'art. 56 prevede inoltre che lo Stato promuove intese ed azioni comuni con le regioni e gli enti locali affinché realizzino siti istituzionali con le caratteristiche sopra richiamate.

È quindi opportuno precisare dapprima il valore e la portata delle regole sulla *web usability* per poi esaminare le prospettive della condivisione di responsabilità su questo delicato profilo dell'*e-government* nel raccordo Stato-regioni.

## 3. *Il contenuto delle regole sulla* web usability

La legge Stanca del 2004 invoca nel suo 1° comma il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. per fondare il «diritto di accesso ai servizi informatici e telematici della pubblica amministrazione e ai servizi di pubblica utilità da parte delle persone disabili». Il coinvolgimento del principio di eguaglianza nella sua complessa identità di eguaglianza formale e sostanziale conferma la premessa che sorregge queste brevi note: la democrazia nella comunicazione che passa attraverso *internet* presuppone la garanzia della non discriminazione rispetto all'accesso alle nuove tecnologie, accesso che deve essere garantito nella misura più ampia e più inclusiva possibile anche attraverso interventi tecnici in grado di assicurare tale risultato.

Del resto, l'accessibilità viene definita dalla legge come la «capacità dei sistemi informatici, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili senza discriminazioni, anche da parte di coloro che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o configurazioni particolari» le quali comprendono le soluzioni tecniche (di *hardware* e di *software*) «che permettono alla persona disabile, superando o riducendo le condizioni di svantaggio, di accedere alle informazioni e ai servizi erogati dai sistemi informatici» (art. 2) [10].

Gli obblighi posti dalla legge del 2004 per garantire l'attuazione dei suddetti principi riguardano le procedure per la fornitura alle pubbliche amministrazioni di servizi informatici, gli incentivi pubblici per i soggetti privati che

[10] L'elenco dei requisiti e delle regole tecniche che devono essere seguite nella progettazione delle pagine di un sito che sia accessibile agli utenti disabili si può leggere nella guida reperibile in *http://www.html.it/accessibilità/index.html.*

L'elenco dei siti contenenti guide, informazioni, *link* a siti istituzionali stranieri su questo tema è reperibile nel sito *www.governo.it*.

richiedano forniture di beni e servizi informatici destinati all'utilizzo di lavoratori disabili, anche per l'attivazione di postazioni di telelavoro (art. 4).

Per quanto riguarda i vincoli che gravano sulle pubbliche amministrazioni nell'ambito dell'innovazione informatica e telematica, la legge Stanca introduce un vincolo per tutte le pubbliche amministrazioni le quali «non possono stipulare contratti, a pena di nullità, per la realizzazione e la modifica di siti internet quando non è previsto che essi rispettino i requisiti di accessibilità richiesti dal decreto ministeriale (art. 4, 2° comma): tale decreto avrebbe dovuto essere approvato dal Ministero per l'innovazione e le tecnologie, entro centoventi giorni dall'approvazione della legge, al fine di indicare i requisiti tecnici e i diversi livelli per l'accessibilità nonché le metodologie tecniche per la verifica dell'accessibilità dei siti internet (art. 11).

Inoltre, in sede di rinnovo, modifica o novazione dei contratti già in essere al momento dell'entrata in vigore del suddetto decreto ministeriale gli stessi contratti dovranno essere adeguati, a pena di nullità, alle regole in materia di accessibilità.

È evidente che la legge delinea un progetto di adeguamento *pro futuro* che non coinvolge in alcun modo i contratti già stipulati dalle amministrazioni per l'organizzazione dei relativi siti istituzionali oggi esistenti. Come abbiamo già ricordato, l'obbligo dell'adeguamento ai parametri tecnici presuppone del resto l'approvazione di un decreto ministeriale che, a distanza di oltre un anno dall'entrata in vigore della legge n. 4/2004, non è stato ancora adottato: sulla base dei parametri tecnici definiti dal decreto i futuri contratti ed i rinnovi di quelli in corso dovranno essere stipulati in conformità con le regole tecniche sull'accessibilità dei siti istituzionali.

Anche per quanto riguarda l'adattamento dei datori di lavoro alle nuove tecnologie in grado di garantire ai dipendenti disabili strumenti e tecnologie assistive adeguate alla loro specifica disabilità, anche in caso di telelavoro, la legge prefigura un meccanismo di adeguamento decisamente «soft» per i datori di lavoro pubblici i quali provvedono all'attuazione delle suddette innovazioni «nell'ambito delle disponibilità di bilancio» (art. 4, 5° comma).

L'altro profilo «critico» della legge Stanca riguarda le regole sul riparto delle responsabilità tra lo Stato ed il sistema delle autonomie regionali e locali nell'implementazione delle regole e dei principi sull'usabilità nella costruzione e nella gestione dei relativi siti istituzionali.

## 4. *L'usabilità dei siti della pubblica amministrazione tra Stato e autonomie regionali e locali*

L'art. 7 della legge n. 4/2004, nel definire l'ambito delle funzioni riservate

all'amministrazione centrale (Dipartimento per l'innovazione e le tecnologie che si avvale del Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione – CNIPA), ha immaginato la collaborazione del Dipartimento con le altre amministrazioni interessate, sentita la Conferenza permanente per i rapporti con lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, per promuovere l'erogazione di finanziamenti finalizzati alla diffusione tra i disabili delle tecnologie assistive e degli strumenti informatici dotati di configurazioni particolari e al sostegno di progetti di ricerca nel campo dell'innovazione tecnologica per la vita indipendente e le pari opportunità dei disabili (art. 7, 1° comma, lett. *e*). Il 2° comma, dell'art. 7 riservava alle regioni ed alle province autonome la funzione di «vigilare» sull'attuazione da parte dei propri uffici delle disposizioni della legge: tale norma è stata annullata dalla Corte costituzionale con la recente sent. n. 145/2005 [11]. Con questa decisione i giudici costituzionali hanno infatti accolto il ricorso con il quale la provincia autonoma di Trento aveva lamentato il fatto che l'art. 7, nel prevedere a carico delle autonomie un dovere di «vigilanza», sembrava dare per scontata l'applicabilità della legge Stanca a tutte le pubbliche amministrazioni. Questa implicita estensione alla provincia di Trento delle regole statali sull'usabilità dei siti istituzionali veniva denunciata in quanto lesiva della competenza legislativa provinciale esclusiva in materia di ordinamento degli uffici e del personale, comunicazioni e trasporti di interesse provinciale, assunzione e gestione di servizi pubblici, assistenza e beneficenza, scuola materna, assistenza scolastica, formazione professionale nonché le competenze concorrenti in materia di istruzione elementare e secondaria e in materia di igiene e sanità. La provincia impugnava inoltre anche l'art. 10, nella parte in cui prevedeva l'approvazione del regolamento governativo di attuazione previa intesa con la Conferenza unificata Stato-regioni e Stato-città ed autonomie locali.

L'Avvocatura dello Stato ha difeso la legittimità della normativa statale impugnata riconducendo quelle regole alla competenza legislativa riservata in esclusiva allo Stato in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, 2° comma, lett. *m*) e alla funzione di coordinamento informativo, statistico ed informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale (art. 117, 2° comma, lett. *r*).

In verità, la difesa erariale aveva tentato di sottolineare l'importanza strategica dell'ammodernamento informatico della P.A. rispetto ai diritti di partecipazione dei cittadini alla vita politica, economica e sociale del paese e quindi la contiguità tra la garanzia della piena fruibilità dei siti pubblici ai disabili e la funzione di garantire in modo omogeneo sul territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in particolare per ciò

[11] Corte cost., sent. 12 aprile 2005, n. 145, in *www.giurcost.org*.

che attiene alla effettiva garanzia a questa categoria di persone del diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

La Corte ha ritenuto priva di fondamento la ricostruzione proposta dall'Avvocatura e «senza entrare nel merito» della tesi relativa alla riconducibilità degli interventi a tutela dei soggetti deboli attraverso la *web usability* all'interno della materia-funzione relativa alla determinazione dei livelli essenziali dei diritti, ha ricordato che l'applicabilità alle province autonome delle regole introdotte per le regioni ordinarie dalla legge cost. n. 3/2001 vale solo «per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite» (art. 10, legge cost. n. 3/2001). Per questa ragione ha escluso la legittimità dell'applicazione in ambito provinciale della legge Stanca, le cui norme interferiscono con lo svolgimento di una serie di competenze già attribuite dallo Statuto speciale alla provincia di Trento [12].

È evidente che i giudici costituzionali hanno messo in primo piano la «trasversalità» delle misure statali volte a garantire l'usabilità dei siti istituzionali rispetto ad un cospicuo numero di materie già attribuite alla competenza piena/esclusiva della province autonome. Il carattere trasversale delle regole e delle politiche sull'usabilità, regole che la legge Stanca aveva indirettamente esteso alle province autonome, ha indotto i giudici costituzionali a privilegiare l'interpretazione letterale della clausola contenuta nella legge cost. n. 3/2001 (art. 10): tale clausola prevede infatti l'estensione automatica alle regioni speciali delle nuove e più ampie forme di autonomia legislativa concessa dalla legge cost. n. 3/2001 alle regioni a statuto ordinario ed è stata quindi introdotta al solo fine di ampliare, e non già di indebolire, le competenze legislative delle autonomie speciali.

Questo tipo di argomentazione ha in realtà consentito alla Corte di evitare di entrare nel merito della connessione tra la difesa dei diritti del soggetti disabili, in nome dell'eguale diritto di ogni persona «di accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi, ivi compresi quelli che si articolano attraverso gli strumenti informatici e telematici» (art. 1, legge n. 4/2004), e la «funzione» statale di garanzia di un livello omogeneo delle prestazioni relative ai diritti fondamentali. In effetti, sebbene in astratto la trasversalità della funzione statale relativa alla determinazione dei livelli essenziali dei diritti possa giustificare interventi statali in materia di *web usability*, nella attuale configurazione del riparto delle competenze legislative tra lo Stato e le autonomie quel tipo di interventi non possono «bloccare»» le iniziative regionali e magari precludere la possibilità che il legislatore regionale progetti uno sviluppo della

[12] In virtù della sostanziale identità di contenuto della normativa statutaria attiributiva della competenze provinciali la Corte ha quindi esteso l'applicabilità della decisione anche alla provincia di Bolzano (punto 3 del Considerato in diritto).

società dell'informazione utilizzando *standards* di usabilità magari più elevati di quelli predisposti dal legislatore statale [13].

Per quanto riguarda le province autonome, la pienezza della potestà legislativa ad esse riconosciuta nell'organizzazione dell'amministrazione e nell'implementazione di politiche sociali in linea con le opportunità offerte dalle nuove tecnologie prevale su qualunque forma di disciplina regolamentare statale avente ad oggetto i principi organizzativi e le procedure in tema di usabilità: per questo motivo la Corte ha accolto anche la questione di costituzionalità relativa all'art. 10 della legge Stanca, nella parte in cui non escludeva le province autonome dall'ambito territoriale di applicazione del regolamento di attuazione.

Peraltro, l'esigenza di uniformità dell'ammodernamento informatico della pubblica amministrazione può essere garantita dal legislatore statale attraverso l'esercizio in via esclusiva della funzione di coordinamento informativo, statistico ed informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale (art. 117, 2° comma, lett. *r*): per favorire la circolazione e la diffusione tra l'amministrazione statale e le amministrazioni regionali e locali delle «migliori» tecniche assistive per le persone disabili la riforma dell'art. 117 Cost. ha immaginato un coordinamento dei linguaggi informatici dei siti istituzionali monitorato dal centro.

La Corte costituzionale ha fornito un'interpretazione restrittiva della competenza relativa al coordinamento informatico di cui all'art. 117, 2° comma, lett. *r*): gli interventi dello Stato devono limitarsi ad un coordinamento meramente tecnico che si giustifica alla luce della necessità di «assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure, di *standard* omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione» [14]. Tale coordinamento dovrà consentire il monitoraggio dei dati, la loro comparazione, il loro consolidamento: a tal fine è necessario che le modalità di trasmissione dei dati siano definite in termini omogenei da parte dell'amministrazione centrale. L'intervento statale avente ad oggetto il «coordinamento informatico» delle pubbliche amministrazioni è comunque potenzialmente in grado di condizionare le scelte relative all'organizzazione interna delle amministrazioni regionali e locali: per questa ragione la sent. n. 31/2005 ha precisato che le strategie elaborate dal legislatore statale nell'ambito dell'*e-government* devono essere concordate con i livelli di governo regionale e locale.

---

[13] Cfr. M. PIETRANGELO, *Prime considerazioni sulla competenza legislativa regionale in materia di amministrazione elettronica e società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, 2002, 7 ss., 19, ove l'A. evidenzia la possibilità che il legislatore regionale intervenga a promuovere la società dell'informazione con strumenti di garanzia dei diritti coinvolti magari più efficaci e più elevati di quelli che lo Stato potrebbe garantire attraverso l'esercizio della competenza trasversale di cui all'art. 117, 2° comma, lett. *m*).

[14] Cfr. Corte cost., sent. 16 gennaio 2004, n. 17, punto 9.1, cons. dir.

Non si tratta però di un generico richiamo alla logica della leale cooperazione: infatti la Corte ha chiarito che non è sufficiente il semplice rinvio alla previa consultazione delle regioni attraverso il parere espresso dalla Conferenza unificata, ma occorre piuttosto che la legge statale imponga l'adozione di uno specifico accordo nella forma dell'intesa da raggiungere in seno alla Conferenza suddetta [15].

Il monito della Corte sulla necessità di raggiungere un'intesa tra lo Stato e le autonomie in seno alla Conferenza unificata esprime con estrema chiarezza la necessità di ricorrere ad uno strumento «forte» di collaborazione, quale è appunto l'intesa, affinché l'amministrazione centrale e quelle locali procedano in sintonia sul cammino delle trasformazioni indotte dalla diffusione delle nuove tecnologie informatiche e delle comunicazioni [16].

In realtà, tale collaborazione dovrebbe essere assolutamente costante poiché la velocità delle trasformazioni del mercato globale della comunicazione attraverso la Rete impone una reale sintonia tra lo Stato e le regioni nella scelta delle migliori tecnologie.

Le migliori tecnologie sono probabilmente quelle che consentono soluzioni il più possibili «aperte», tali cioè da non creare barriere tra i linguaggi eventualmente adottati, nell'ambito della rispettiva sfera autonoma di organizzazione interna, dai diversi livelli dell'amministrazione [17]. In questa logica si devono inserire le iniziative volte a rendere accessibili i siti delle amministrazioni pubbliche, sia a livello centrale che a livello periferico.

In verità, l'eco di questa giurisprudenza della Corte si avverte nella formulazione dell'art. 56, 2° comma, del codice dell'amministrazione digitale, nella parte in cui prevede espressamente che attraverso gli strumenti dell'«intesa» e dell'«azione comune» lo Stato e le autonomie realizzano siti istituzionali dota-

---

[15] Così Corte cost., sent. 26 gennaio 2005, n. 31, punto 2.6, cons. dir.

[16] Come sottolinea V. SARCONE, *La leale collaborazione vale anche per l'e-government? Dalla Consulta un'occasione per trattare dell'innovazione tecnologica nelle amministrazioni (Brevissime considerazioni a margine della sentenza Corte cost., 26 gennaio 2005, n. 31)*, in *www.federalismi.it*, n. 5, 2005, 10.

[17] A tale proposito fa riflettere la parziale difformità tra le priorità contenute nella legge reg. Toscana n. 1/2004, la prima legge regionale che disciplina la società dell'informazione, con riferimento alla scelta di standard tecnologici aperti, fondati su programmi con codice sorgente aperto, che agevolano lo scambio di informazioni e di applicazioni tra gli enti, rispetto alla Direttiva del Ministro per l'Innovazione e le tecnologie del 19 dicembre 2003, «Sviluppo ed utilizzazione dei programmi informatici da parte delle pubbliche amministrazioni», in *G.U.* 7 febbraio 2004, n. 31 nella parte in cui reca l'elenco dei criteri tecnici di comparazione delle soluzioni informatiche offerte dal mercato alle pubbliche amministrazioni e richiama anche le soluzioni che consentono la disponibilità del codice sorgente per ispezione e tracciabilità (art. 4, lett. *c*), ma poi impone la non modificabilità del codice e fa salvi i diritti di proprietà intellettuale del fornitore: sul punto v. i rilevi di M. PIETRANGELO, *E-government e società dell'informazione: la prima legge regionale*, in *Informatica e dir.*, nn. 1-2, 2003, 146 ss., 153.

ti, tra l'altro, del requisito dell'«accessibilità anche da parte delle persone disabili» [18].

Il richiamo della Corte e della più recente normativa allo strumento «forte» dell'intesa tra lo Stato e le autonomie per raggiungere un elevato livello di qualità, a partire dal profilo della usabilità, dei siti istituzionali potrebbe scontrarsi con le note difficoltà di raggiungere un'intesa in seno alla Conferenza unificata: è però auspicabile che su questa delicata materia si possa raggiungere un accordo in tempi ragionevoli.

Infatti, ogni barriera o difficoltà di collegamento informatico tra le amministrazioni centrali e quelle periferiche non solo minerebbe alla radice l'efficacia e l'economicità delle politiche di *e-government*, ma si tradurrebbe in un ostacolo assolutamente intollerabile per le persone disabili alle quali le potenzialità dei linguaggi delle nuove tecnologie aprono prospettive di «reale» superamento delle barriere fino ad oggi sperimentate soprattutto nell'erogazione «tradizionale» dei principali servizi e quindi nella partecipazione al godimento dei diritti fondamentali connessi alla cittadinanza.

[18] Cfr. Schema di decreto legislativo recante Codice dell'amministrazione digitale, approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 5 marzo 2005, reperibile in *www.governo.it*. Dai dati riportati nel *Rapporto Statistico sulla società dell'informazione in Italia*, Roma, 2004 (*www.governo.it*), 27, emerge che dei settantasette siti delle istituzioni pubbliche (Ministeri, regioni, province, comuni) oltre il 25% ha raggiunto un punteggio che supera la soglia della sufficienza sotto il profilo dell'accessibilità.

# LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA SALUTE DEGLI IMMIGRATI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IL CONCETTO DI NUCLEO IRRIDUCIBILE DEL DIRITTO

*di Tiziano Checcoli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute come diritto ad essere curato: uno sguardo d'insieme. – 3. L'attuale disciplina legislativa sull'immigrazione in tema di diritto alla salute. – 4. Il concetto di nucleo irriducibile del diritto: potenzialità e rischi di una categoria.

## 1. *Introduzione*

Il fenomeno dell'immigrazione assume ormai, com'è noto, dimensioni tali da incidere in maniera trasversale su molti aspetti della gestione della cosa pubblica: sul piano dell'ordine pubblico, dell'integrazione culturale e sociale, su quello dell'allocazione delle risorse finanziarie. Sotto questi due ultimi aspetti, in particolare, emerge una difficoltà epocale del nostro ordinamento e della nostra società, di fronte ad una situazione di fronte alla quale essa non si è mai trovata: la necessità di doversi porre come società che accoglie masse numericamente elevate di cittadini stranieri in cerca di una possibilità di sopravvivenza che altrove non trovano, e contemporaneamente fare in modo che questa accoglienza sia effettuata attraverso modalità e procedimenti che la rendano sostenibile e non critica. Da qui le varie discipline del fenomeno migratorio diversamente orientate, in senso più o meno restrittivo. Considerando però alcuni particolari diritti, che si ritengono fondamentali perché attengono all'essere umano in quanto tale, la problematica in questione subisce, per così dire, una scissione: da una parte abbiamo la necessità di gestire il fenomeno dell'immigrazione, prendendo atto della necessità di adeguarsi ad una dinamica degli eventi che non pare rifiutabile da parte dello Stato, in quanto frutto di

una più ampia situazione sociale ed economica di livello globale, che per questo trascende gli interessi e la volontà individuale del singolo Stato, facendo però in modo che questo fenomeno non si risolva in un effetto deflagrante sugli equilibri interni; dall'altra parte sussiste però l'obbligo, che è un obbligo costituzionale, di garantire comunque il rispetto dei diritti fondamentali dell'essere umano, in questo senso indipendentemente da qualsiasi altro elemento contingente che possa intervenire nella valutazione della problematica migratoria. Pare essere questo il caso del diritto alla salute in riferimento agli immigrati irregolari, come tali inseriti in quel tentativo di bilanciare necessità altrui (intendendosi soggetti altri rispetto ai cittadini) con quelle interne, ma contemporaneamente in grado di pretendere una tutela del diritto in quanto esseri umani, al di fuori, in questo senso, di ogni bilanciamento «di gestione». Questa duplice prospettiva costituisce la maggiore difficoltà che il legislatore e la Corte costituzionale si trovano a dover risolvere, proprio perché convivono al suo interno un approccio assoluto, attinente alla tutela indiscriminata di un diritto fondamentale, ed uno relativo, attinente ad un bilanciamento fra interessi e spinte contrapposte. In questo senso, ancora una volta la Corte si trova a dovere trovare una sintesi accettabile fra diversi elementi che assume però in sé, questa volta, un carattere diverso: và infatti ad incidere ponendola in discussione, su di una categoria che fino ad oggi è stata invece un postulato di partenza nella comune riflessione costituzionale, ovvero la categoria della cittadinanza; un elemento cardine di ogni valutazione di bilanciamento diventa ora un elemento interno al bilanciamento stesso, con conseguenze evidentemente complesse.

## 2. *La giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute come diritto ad essere curato: uno sguardo d'insieme*

Appare utile, per proseguire il ragionamento così impostato, offrire alcuni brevi cenni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di diritto alla salute, al fine di individuare alcuni strumenti giuridici di soluzione della problematica così posta. L'aspetto più rilevante appare essere in questo caso il concetto di diritto alla salute inteso nell'accezione di diritto ad essere curato, giacché in tema di immigrazione è quello che più frequentemente viene ad essere in gioco. A questo proposito, i problemi insorgono già nella fase preliminare dell'inserimento del diritto alla salute nella categoria dei diritti soggettivi veri e propri o piuttosto in quella degli interessi legittimi. Senza voler ripercorrere un dibattito ampio e complesso, si può ricordare come sia in generale la categoria dei diritti sociali a presentare difficoltà di questo genere: se infatti

i diritti di libertà, intesi come diritti negativi, sono in sé immediatamente attuabili (posta l'istituzionalizzazione della protezione), i diritti sociali, intesi come diritti a prestazione, abbisognano di un intervento esterno, usualmente dello Stato, perché i loro titolari possano esercitarli [1]. Al punto che, come è stato sostenuto, essi rischiano di degradare a meri interessi legittimi [2]. A tal proposito, si può convenire che la giurisprudenza, anche costituzionale, sia ormai addivenuta ad una definitiva soluzione di questo problema, che però nasconde in sé il contrasto di fondo che lo aveva generato: se infatti il diritto alla salute viene considerato come «diritto condizionato» [3], inteso nel senso di diritto che vede subordinata la sua tutela, o meglio l'ampiezza di essa, al risultato di un «bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento» [4], detta definizione contiene evidentemente il concetto di un diritto che risulta affievolito nella sua tutela, rimessa ad un bilanciamento con dei limiti definiti «oggettivi». Non è quindi un interesse legittimo, ma neanche un diritto soggettivo «normale», parificabile ai diritti negativi. Più in generale, la giurisprudenza della Corte conosce un'importante evoluzione in tema di diritto alla salute che, a partire da una sostanziale «astensione» dal sindacare l'attuazione dell'art. 3 [5], lasciando al legislatore una discrezionalità quasi assoluta nelle forme di organizzazione del sistema sanitario nazionale, giunge fino ad un riconoscimento del diritto alla salute come «pieno e incondizionato» in riferimento al quale i limiti posti dal legislatore dovranno, di lì in poi, trovare opportuna giustificazione sul piano della coerenza e ragionevolezza [6]. Fra gli elementi del bilanciamento effettuato dal legislatore e controllato dalla Corte che rendono condizionato il diritto alla salute, posizione preminente riveste l'aspetto del contenimento della spesa pubblica, posto come principio base dalla legge delega n. 421/1992, e ripreso in varie sentenze, specialmente la n. 356/1992. A questo proposito, la dottrina [7] ha rilevato che la posizione assunta

---

[1] Così M. LUCIANI, voce *Salute*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Roma, 1989, 1 ss. ed *ivi* la letteratura riportata sull'argomento; P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1991.

[2] Sul punto cfr. R. FERRARA, voce *Salute*, *Diritto alla*, in *Dig. discipl. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513 ss.

[3] Vedi, fra le altre, le sentt. nn. 81/1966; 112/1975; 104 e 175/1982; 142/1982; 212 e 226/1983, fino alle notissime 455/1990 e 356/1992.

[4] Così appunto Corte cost., sent. n. 455/1990.

[5] Sent. n. 112/1975.

[6] Sentt. nn. 175/1982, 173/1987, ma vedi già la sent. n. 103/1977.

[7] Cfr. M. SICLARI, *Le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute a di diritto all'assistenza*, in *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V,* Milano, 2002.

in questa sentenza sia in realtà isolata nella sua chiara affermazione del condizionamento finanziario al diritto alla salute; in varie pronunce successive, infatti, si afferma esplicitamente che le esigenze di contenimento della spesa pubblica non possono mai giungere a intaccare il «nucleo irriducibile» del diritto previsto all'art. 32 Cost. [8]. Ancora oltre, la dottrina ha identificato il limite in parola non come uno dei valori che debba entrare direttamente nel bilanciamento fra diversi interessi costituzionalmente rilevanti, bensì come un presupposto generale dell'azione dello Stato in materia di servizio pubblico, allorché esso Stato debba determinare l'allocazione delle risorse disponibili al fine attuare i principi costituzionali, secondo un ordine di priorità che emerga da un opportuno bilanciamento [9]. La conclusione pare essere quella per cui il diritto alla salute si inserisce completamente all'interno della problematica propria dei diritti sociali già accennata ma, almeno in teoria, non possa essere trascinato all'interno di una logica di bilanciamento «paritetico» con le esigenze finanziarie.

## 3. *L'attuale disciplina legislativa sull'immigrazione in tema di diritto alla salute*

Per giungere quindi al tema centrale di questo intervento, si dovranno considerare le norme che regolano la tutela del diritto alla salute in riferimento agli immigrati e, più nello specifico, agli immigrati clandestini e irregolar [10]. Sulla base della legislazione vigente (legge n. 189/2002, c.d. Bossi-Fini, che modifica il T.U. n. 296/1998, c.d. Turco-Napolitano, con le specificazioni del d.p.r. n. 349/1999) possiamo, per quanto qui interessa, individuare tre principali categorie all'interno delle quali il cittadino straniero non comunitario andrà inserito: a) straniero regolarmente soggiornante iscritto al Servizio Sanitario Nazionale; b) straniero regolarmente soggiornante non iscritto al Servizio

---

R. BALDUZZI, *Il servizio sanitario nazionale tra razionalizzazione delle strutture e assestamento normativo (riflessioni sulla legge 30 novembre 1998, n. 419)*, in *Quaderni regionali*, 1998.

[8] Vedi sentt. nn. 309/1999, 267/1998, 416/1995, 304 e 218/1994, 247/1992, 455/1990 ma vedi anche 267/1988 e 509/2000.

[9] Espressamente critica verso l'impostazione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato affermata nella sent. n. 356/1992 è B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di B. PEZZINI-C.E. GALLO, Milano, 1998, 25 ss.

[10] Solitamente si intende con «clandestini», evidentemente, coloro che hanno avuto accesso illecitamente al territorio dello Stato; per «irregolari» coloro che, in un dato momento, siano sprovvisti di un regolare titolo di permanenza, magari precedentemente posseduto.

Sanitario Nazionale; c) straniero non regolarmente soggiornante, come tale necessariamente non iscritto al Servizio Sanitario Nazionale [11]. Quanto ai diritti attribuiti a queste categorie, la normativa sostanzialmente parifica i soggetti di cui alla categoria a) ai cittadini italiani, garantendo loro i medesimi diritti in considerazione della loro contribuzione alle spese del SSN anch'essa paritetica rispetto ai cittadini. I soggetti di cui alla categoria b), secondo quanto dispone l'art. 35 del T.U. potranno invece accedere all'assistenza sanitaria di elezione corrispondendo una somma stabilita in appositi tariffari regionali, ferme restando le «prestazioni sanitarie urgenti», comunque assicurate. Infine, i soggetti appartenenti alla categoria c), ovvero gli immigrati irregolarmente presenti nel territorio italiano, potranno comunque accedere alle sole «cure urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative per malattia ed infortunio» oltre ai «programmi di medicina preventiva e di salvaguardia della salute individuale e collettiva» [12]. In questo panorama, rimane ferma la garanzia prevista dalla Costituzione in riferimento alle cure agli indigenti, nei limiti però delle tipologie di prestazione poco sopra individuate. In sintesi, la normativa vigente prevede una sostanziale parificazione fra cittadini ed immigrati regolari quanto alle cure mediche, sulla base del contributo offerto alle spese sanitarie da entrambi; ai cittadini stranieri irregolari garantisce invece un minimo di assistenza ritenuta essenziale ed urgente, ma non oltre. La differenza di trattamento evidenziata è giunta, ancorché incidentalmente [13], al vaglio della Corte costituzionale, che nella sent. n. 242/2001 [14] ha sostanzialmente riaffermato

---

[11] Fra i vari riferimenti in merito, cfr. M. GOLDONI-E. MAGRI, *La disciplina dei servizi sanitari e assistenziali previsti per gli immigrati: condizioni di accesso e tipologia di prestazioni erogabili.*, in *Sanità pubblica*, 2002; V. CASAMASSIMA, *Il diritto alla assistenza sanitaria degli stranieri in Italia*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *Problemas constitucionales de la imigración: una visión desde Italia y España – II Jornados Italo-espanolas del Justicia Constitucional*, Valencia, 2005, 432 ss.; D. CULOT, *L'assistenza sanitaria per gli stranieri in Italia*, in *Sanità pubblica*, 2001, 773 ss.

[12] Le categorie così individuate tralasciano, perché non essenziali per in questa sede, le ulteriori specificazioni quanto alla possibilità o l'obbligo di iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale da parte dei cittadini stranieri; và però precisato che, allo stato attuale, data la tipologia dell'immigrazione, la maggior parte di essi rientreranno nella categoria degli iscritti obbligatori al SSN, anche d'ufficio, contestualmente al rilascio del permesso di soggiorno: cfr. artt. 34, 35 e 36 del T.U. Turco-Napolitano, nonché l'art. 42, d.p.r. n. 394/1999.

[13] La Corte costituzionale nella sent. n. 252/2001 era chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'omessa previsione (nella lettura del giudice *a quo*) di un divieto di espulsione per lo straniero immigrato irregolare che, entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, si trovasse a dover concludere un trattamento sanitario essenziale. Il giudice rimettente riteneva infatti che, essendo previsto un permesso di soggiorno appositamente per cure mediche, si potesse concludere, interpretando *a contrario*, che in assenza di detto permesso l'immigrato dovesse necessariamente essere espulso indipendentemente dalle sue esigenze di salute.

[14] Commentata da M. SALVAGNI, *La tutela del diritto alla salute del cittadino straniero entrato irregolarmente nel territorio nazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 374 ss.

il principio per cui anche allo straniero è assicurata la tutela del «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». La Corte ha infatti ritenuto infondata la questione sollevata dal giudice *a quo* ritenendo che il diritto alla salute dello straniero irregolare attualmente garantito dalla legislazione vigente, applicando la quale il giudice dovrà, di volta in volta, accertare se vi siano concrete necessità di cura in capo allo straniero e, nel caso affermativo, annullare il decreto di espulsione [15]. Affermando questo principio e «salvando» la legge vigente, la Corte non ha posto in discussione, o meglio ha riaffermato, il concetto di nucleo irriducibile del diritto, ritenendo pertanto legittimo che ad alcuni soggetti sia assicurato esso soltanto, in virtù di un bilanciamento con interessi contrapposti presenti nell'ordinamento. Così, lo straniero non sarà espulso se ha necessità di effettuare cure essenziali, ma lo sarà, invece, se quelle cure siano prestazioni sanitarie cosiddette «di elezione». Così facendo, la Corte si richiama a quel filone di sentenze [16] che hanno posto un riferimento imprescindibile in tema di principio di uguaglianza fra cittadini e stranieri, secondo le quali, all'interno dei diritti fondamentali, il principio di uguaglianza và garantito anche agli stranieri; questi, sebbene titolari di un *minus* di diritti rispetto ai cittadini, non possono vedersi negati quei diritti fondamentali che sono propri dell'essere umano in quanto tale.

---

[15] Sul punto è stato rilevato come attribuire all'accertamento del giudice caso per caso la tutela effettiva del diritto alla salute in tema di espulsione possa portare ad una frammentazione della tutela, oltre che ad una sua minore effettività. In proposito v. A. ALGOSTINO, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, in *Giur. it.*, 2002, 909. Siamo in effetti in un ambito in cui la discrezionalità, anche del soggetto erogatore delle prestazioni è particolarmente ampia, per la difficoltà di individuare ciò che è essenziale e ciò che non lo è nel garantire il diritto alla salute di un soggetto. Sul punto, v. M. GOLDONI-E. MAGRI, *La disciplina dei servizi sanitari e assistenziali previsti per gli immigrati: condizioni di accesso e tipologia di prestazioni erogabili.*, in *Sanità pubblica*, 2002.

[16] V. ad esempio le sentt. nn. 120/1967, 140/1969; nonché, su varie tipologie di diritti (ambito familiare, pena di morte, educazione ecc.), sentt. nn. 54/1979, 181/1976, 199/1986, 198/2003. Sul punto v., nella sterminata letteratura disponibile, M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1992; G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997. Sulla libertà personale, v. in particolare R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Torino, 2001, 4 ss.

## 4. *Il concetto di nucleo irriducibile del diritto: potenzialità e rischi di una categoria*

La Corte, attribuendo, per così dire, una «patente di costituzionalità» alla normativa in vigore, dimostra di ritenere ragionevoli le differenze di disciplina che questa pone [17]. A questo proposito, si possono avanzare alcune considerazioni. In primo luogo, si tratta di individuare quale sia il principio sulla base del quale la Corte abbia ritenuto giustificata la distinzione operata fra stranieri irregolari e regolari. Una prima ipotesi potrebbe essere quella della contribuzione alla spesa pubblica relativa al servizio sanitario, che, come visto, costituisce un elemento non certo prescindibile in questo settore. In effetti, lo straniero regolarmente iscritto al servizio sanitario nazionale partecipa a parità di condizioni con il cittadino al suo finanziamento, mentre quello non iscritto corrisponde per intero la tariffa prevista per l'assistenza ricevuta. C'è però da considerare che l'elemento del contributo economico non sembra poter spiegare integralmente la differenziazione operata. Secondo la lettera della legge, al cittadino irregolare sono garantite le cure essenziali e urgenti, anche gratuite nel caso di indigenza, ma solo quelle. Non pare esigibile, da parte sua, una prestazione ulteriore rispetto a detto elenco «essenziale» neanche, eventualmente, pagando il dovuto. Se infatti si assume la configurazione del diritto sociale per cui, una volta posta la necessità della sua tutela da parte della norma costituzionale, è necessario l'intervento del legislatore che individui titolarità, contenuto del diritto e relazione intersoggettiva che individua i rapporti fra i soggetti in gioco [18], sembra di poter dire che in questo caso il legislatore non abbia ritenuto lo straniero irregolare titolare di un diritto a prestazione ulteriore rispetto alle cure essenziali, e non possa ritenersi obbligato il servizio pubblico ad assicurarle, ancor prima di considerare l'aspetto del suo eventuale contributo economico. Se si accoglie questa ricostruzione, l'elemento della spesa pubblica non riesce integralmente a spiegare il limite all'accesso alle cure disposto dalla legge. La spiegazione può allora forse essere rinvenuta altrove; il sistema sanitario pubblico, così come in generale ogni servizio pubblico, deve far fronte, nel perseguire i criteri di efficienza ed efficacia, non solo all'aspetto meramente economico, ma anche al bacino di utenza da soddisfare,

---

[17] Sul principio ormai pacifico nella giurisprudenza della Corte per cui anche in ambito di diritti fondamentali il legislatore può graduare le forme e i limiti della tutela, con i limite della ragionevolezza, v. P. BONETTI, P*rime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, 1995, 30; F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Pol. del dir.*, 1995, 449.

[18] Così B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di B. PEZZINI-C.E. GALLO, Milano, 1998.

considerato in primo luogo nel senso di numero di soggetti che richiedono una prestazione. In quest'ottica, il legislatore esclude dal diritto alla prestazione determinati soggetti sulla base di altri criteri che non sono necessariamente quelli economici; nel caso in esame, si è ritenuto che lo straniero, in quanto non regolarmente presente, sia in una posizione di minore tutela che consente di escluderlo in quanto tale, dovendo decidere quali categorie tutelare secondo un ordine di priorità. L'obbligo di garantire un servizio viene graduato in riferimento alla maggiore o minore inclusione disposta dai meccanismi legislativi vigenti in tema di cittadinanza – presenza lecita nel territorio dello Stato [19].

«Promuovendo» questa disciplina, la Corte costituzionale dimostra di accogliere un tale principio di graduazione che se non assume un concetto di cittadinanza tradizionale ormai incapace di rispondere alla realtà contemporanea, comunque si basa su una progressiva inclusione di soggetti «esterni» all'interno dello Stato, che vige anche in tema di diritti fondamentali [20]. La conseguenza è che una differenza di strutturazione delle discipline di ingresso e soggiorno regolare nello Stato, costituisce un presupposto automatico di tutela dei diritti fondamentali, cosicché la maggiore o minore ampiezza del contenuto del diritto è rimessa di fatto al legislatore ordinario. Questi non potrà incidere sul nucleo irriducibile, ma potrà liberamente decidere quali soggetti avranno accesso esclusivamente a questo nucleo, inquadrandoli in una determinata categoria, cosicché, come è stato rilevato [21], la attuale legge sull'immigrazione, pur non modificando direttamente il profilo del diritto alla salute, incide comunque concretamente su di esso. La conseguenza può essere quella di una differente tutela del diritto fondamentale alla salute garantita ad un insieme di soggetti che vivono su un territorio in seguito alla determinazione ed all'uso dei criteri di inclusione-esclusione propri del concetto di cittadinanza, ampiamente inteso. La posizione emersa dalla sent. n. 252/2001 pone senza dubbio un limite di garanzia, oltre il quale non è lecito spingersi in tema di compressione dei diritti fondamentali, dimostrando che in questo ambito lo *status personae* prevale sullo *status civitatis*; dall'altro lato però, assumendo la categoria del nucleo irriducibile, pone le problematiche tipiche di questa tec-

[19] Si è infatti osservato che in tema di disciplina della condizione degli stranieri, spesso la scriminante non è tanto fra cittadini e non, ma fra soggetti legittimamente presenti sul territorio e non. Così E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *Problemas constitucionales de la imigración: una visión desde Italia y España – II Jornados Italo-espanolas del Justicia Constitucional*, Valencia, 2005, 109 ss.

[20] Sull'imprescindibilità della concezione di cittadinanza in riferimento alle Costituzioni moderne intese come «fatto politico», v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, *Parte generale*, Padova, 2003, 315 ss.

[21] V. CASAMASSIMA, *Il diritto alla assistenza sanitaria degli stranieri in Italia*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *Problemas constitucionales de la imigración: una visión desde Italia y España – II Jornados Italo-espanolas del Justicia Constitucional*, Valencia, 2005, 432 ss.

nica di decisione. Si tratta di un metodo di soluzione delle contrapposizioni fra diritti ed esigenze contrastanti che pare sempre più in auge negli ordinamenti moderni, non ultimo quello comunitario. Il rilievo di eventuali profili discriminatori si sposta allora sul piano della discussione sull'utilizzo di questo criterio di risoluzione delle spinte opposte fra interessi rilevanti, che mostra posizioni differenti in dottrina. Da un lato si sostiene che il concetto di «nucleo essenziale irriducibile» costituisce un valido strumento per raggiungere un compromesso fra principi e necessità contrapposte in un dato ordinamento, nonché utile per effettuare un controllo sulle modalità e i risultati cui giunge il legislatore nel bilanciamento che è proprio della sua attività politico-legislativa [22]. Dall'altro lato si teme che proprio questa tecnica, con l'intenzione di garantire un limite invalicabile all'interno del giudizio di bilanciamento, si trasforma in realtà in una concezione recessiva della Costituzione, con l'esito di far diventare diritto «vero» solo ciò che si determina come essenziale [23], quando invece sarebbe necessario coltivare un'interpretazione *magis ut valeant* del testo costituzionale [24]. L'opposizione fra chi ritiene questo strumento l'indice di una interpretazione «svalutativa» dei testi costituzionali e chi la considera invece un metodo di giudizio capace di coniugare esigenze di bilanciamento e necessità di evitare un interpretazione «soggettivistica» delle carte fondamentali è estremamente attuale, e non mancano tentativi di mediazione. Nel panorama di questa riflessione, parrebbe di poter osservare che in nessun caso coloro che si oppongono ad un accoglimento generalizzato del criterio del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali si oppongano per ciò stesso alle esigenze di bilanciamento fra interessi contrapposti; né si può ritenere che questo strumento interpretativo sia in tutto parificabile ad una mera interpretazione *a contrario* della lettera costituzionale. Quello che può essere sottolineato, però, è che questo strumento riconosciuto a priori come «descrittivo» dei diritti come graduabili nel loro contenuto, rischia di porre le condizioni di un arretramento della tutela finale, dal momento che la rinuncia ad un'ampia ga-

---

[22] Cfr. in proposito I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Diritto pubblico*, con l'ampia letteratura citata. L'A., se si interpreta correttamente, propone una tripartizione fra interpretazione *a contrario* della Costituzione, interpretazione in riferimento ad una teoria dei valori (entrambe inidonee perché recessiva l'una e costretta a far ricorso a principi in senso lato morali, l'altra) e interpretazione con l'ausilio della categoria del nucleo minimo essenziale, che ritiene preferibile e potenzialmente espansiva.

[23] In proposito vedi le riflessioni di A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.

[24] In riferimento all'interpretazione della Costituzione *magis ut valeant* non può che rinviarsi a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, (introd.); P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951, 45 ss.

ranzia del diritto in questione non giunge alla fine di un ragionamento «compositivo» fra istanze contrapposte, bensì si pone all'inizio, come punto di partenza da cui cominciare il procedimento di bilanciamento. In altre parole, se la limitazione di un diritto origina da un'operazione logica che presuppone una massima espansività dei precetti costituzionali in gioco [25], che solo alla fine del percorso si assestano su una ragionevole «convivenza», il pericolo di recessione nella tutela del diritto sembra più lontano; qualora invece il presupposto di partenza sia già quello di un diritto che è fondamentale solo nei suoi contenuti essenziali, e graduabile nel suo ulteriore sviluppo, il diritto stesso rischia di entrare nel gioco del bilanciamento in posizione, per così dire, svantaggiata, già destinato a cedere di fronte ad altre esigenze che non si porranno in posizione di parità, ma assumeranno un ruolo di elementi ostativi alla sua più ampia attuazione (è il caso del bilanciamento con le esigenze «di cassa» dello Stato in tema di diritto alla salute). La conseguenza potrebbe essere che l'effettiva tutela potrà dipendere di volta in volta dalla maggiore o minore «considerazione» di cui ciascun diritto potrà beneficiare in un determinato momento storico in riferimento agli orientamenti dei legislatori e del contesto economico di riferimento (cosa che avviene anche in tema del diritto alla salute dei cittadini stranieri irregolari, allorché una politica dell'immigrazione piuttosto che un'altra determinano l'effettività della tutela del diritto medesimo). Del resto, proprio le riflessioni generali sulla tecnica del bilanciamento [26] in sé inducono a riflettere sul punto: essa, che sembra assumere un ruolo fondamentale nell'attuale attività delle Corti costituzionali, per sua natura si allontana dalle «sponde dell'interpretazione giuridica» [27], portando spesso ad una soluzione casistica delle questioni, che necessita «prudenza nella composizione dei principi», non potendo darsi una «scienza del loro bilanciamento» [28]. In quest'ottica, un bilanciamento che prenda le mosse da una concezione dei diritti come fondamentali solo nel loro nucleo essenziale, rischia di esporsi ad una interpretazione «svalutativa» [29] del testo costituzionale, ampliando la discrezionalità del legislatore, che in tema di discriminazione fra cittadini e non cittadini è già «va-

---

[25] Sull'argomento, v. le riflessioni di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 26 ss.

[26] Nella vastissima letteratura sulla tecnica del bilanciamento, v. G. ZAGREBELSKY, *la giustizia costituzionale*, Bologna, 1982; ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. ROMBOLI (a cura di) *La giustizia costituzionale a una svolta*, Atti del seminario svoltosi a Pisa il 5 maggio 1990; A. PIZZORUSSO, Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa, in *Riv. trim. dir.proc. civ.*, 1986, nonché la nota successiva.

[27] V. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 ss.

[28] Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 170.

[29] L'espressione è di M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.

stissima»[30], ed il cui controllo è affidato al canone di bilanciamento secondo ragionevolezza, così «duttile ed efficace» quanto «sfuggente e pericoloso»[31].

[30] P. BONETTI, P*rime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 57.

[31] G. ZAGREBELSKY, *Eguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 64.

# SUL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE IN BASE ALL'ORIENTAMENTO SESSUALE TRA «IDENTITÀ INDIVIDUALE» E «PLURALISMO SOCIALE»

*di Antonio D'Aloia*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sulle evoluzioni della «questione sessuale» nell'esperienza costituzionale. – 2. L'identità sessuale come «orientamento»: definizioni e confini del tema. – 3. Orientamento sessuale e divieto di discriminazione nelle dinamiche costituzionali espresse e implicite. – 4. L'omosessualità come condotta libera: l'eliminazione progressiva del reato di sodomia. La giurisprudenza della Corte EDU e gli orientamenti della Corte Suprema degli USA (da «Bowers» a «Lawrence»). – 5. L'omosessualità come condizione protetta (dalla incostituzionalità della punizione al divieto di discriminazione). Il passaggio «intermedio» della tutela del transessualismo. – 6. L'omosessualità tra identità individuale e aspirazione al modello «familiare»: la giurisprudenza della Corte di giustizia europea. – 7. *Segue:* La formazione asimmetrica di un «diritto europeo» delle unioni tra persone dello stesso sesso. – 8. *Segue*: un *excursus* fuori dall'Europa: matrimoni omosessuali e *partnerships registered* in USA, Canada e Sud Africa. – 9. Quale spazio per le unioni omosessuali nella Costituzione italiana? Argomenti per l'ammissibilità di uno statuto giuridico delle convivenze tra persone dello stesso sesso, al di fuori delle categorie di «famiglia» e «matrimonio». – 10. Libertà di circolazione in Europa, diritto internazionale privato, riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali. – 11. La «genitorialità» delle coppie gay: un divieto «giuridicamente ragionevole» ma «praticamente eludibile»?

## 1. *Considerazioni introduttive sulle evoluzioni della «questione sessuale» nell'esperienza costituzionale*

La questione sessuale è stata una delle questioni più importanti e controverse del costituzionalismo «sociale» e pluralista del XX secolo.

Lo ha attraversato, subendone ovviamente una serie di riflessi conformativi, che hanno prodotto modificazioni dei suoi schemi teleologici e affinamenti delle tecniche di regolazione giuridica, con il progressivo delinearsi, sul tronco del divieto di discriminazione, delle logiche e dei moduli operativi dell'eguaglianza sostanziale.

L'evoluzione «dal genere all'orientamento» è una di queste direzioni di trasformazione, sicuramente la più nuova, forse la più problematica sotto molteplici punti di vista, sebbene gli aspetti legati al contesto di partenza, al «genere», al problema in sostanza della condizione femminile, restano comunque anch'essi un punto tutt'altro che acquisito o risolto nella storia giuridica e filosofica dell'eguaglianza [basti pensare al tema ancora dibattutissimo delle azioni positive, su cui sia consentito rinviare a D'ALOIA, 2002; ma v. ora, anche i contributi raccolti in CALIFANO, 2004, nonché G. BRUNELLI-L. AZZENA, 2005, in questo volume].

## 2. *L'identità sessuale come «orientamento»: definizioni e confini del tema*

Quando si parla di «orientamento sessuale», il riferimento è dunque al sesso nelle sue manifestazioni non corrispondenti al dato fisico-biologico originario, il sesso appunto come «orientamento», «tendenza» atipica rispetto al modello relazionale «eterosessuale», che – almeno finora – l'esperienza giuridica ha considerato e ha assunto come il modello naturale, su cui ritagliare una serie di istituti e discipline giuridico-normative.

Potrebbe sembrare una partenza banale, e forse lo è, ma in realtà ci serve a definire meglio il campo di indagine, in almeno due sensi:

*a*) in primo luogo, il tema dell'orientamento sessuale è (essenzialmente) il tema dell'omosessualità, ovviamente visto sul piano del diritto, di quello che il diritto fa, di come considera questa «manifestazione di sé», di come la tutela di fronte a logiche o atteggiamenti discriminatori.

Non è una definizione scontata: ci sono ipotesi interpretative che partendo dalla definizione di orientamento in funzione del sesso del *partner*, affermano l'esistenza di differenti tipi di orientamento da tutelare; ci sarebbe in sostanza anche un orientamento eterosessuale, ovvero un orientamento bisessuale.

In un recente caso, presentato davanti ad una Corte americana, un soggetto ha fatto ricorso lamentando di essere stato licenziato perché al suo posto il datore di lavoro, omosessuale, ha assunto una persona di orientamento omosessuale.

È evidente che qui il ricorrente ha provato a sollevare un problema di discriminazione del suo orientamento (etero) sessuale.

In effetti, non è facile dire che una vicenda di questo tipo non rientra nel tema indagato, se non provando a sostenere che il datore di lavoro omosessuale che assume una persona che ha il suo stesso orientamento al posto di un'altra, non ha l'intento di discriminare «generalmente» un comportamento, di

stigmatizzare una categoria, e che nel caso proposto siamo di fronte ad un problema prevalentemente «individuale».

O anche che l'eccezionalità di tali evenienze a fronte invece della regolarità di pratiche o atteggiamenti discriminatori verso gli omosessuali, può giustificare che l'attenzione sia dedicata a questo versante dell'identità sessuale come orientamento.

*b*) il secondo chiarimento preliminare è che l'assunzione come parametro di confronto e di definizione «per eccezione» del tema, del modello relazionale eterosessuale nella sua configurazione «legale», per come cioè gli ordinamenti giuridici lo identificano e lo sottopongono a regolazione normativa e giurisprudenziale, o al limite del sesso del *partner* (accedendo alla seconda più ampia ricostruzione) ci consente di tirar fuori dall'indagine quegli orientamenti sessuali non tutelabili a priori, perché offendono beni e valori giuridici ritenuti non bilanciabili, perché protetti in via assoluta dall'ordinamento giuridico.

Quindi, quando parliamo di identità sessuale nel senso dell'orientamento, come interesse da tutelare e da definire proprio nei confini di questa tutela, non ci riferiamo affatto a comportamenti come la pedofilia (che ha come parametro di definizione l'età del *partner*); l'incesto (legato al rapporto di parentela); la prostituzione (basata sulla natura commerciale della relazione) [questo della prostituzione, invero, è un esempio meno netto degli altri due, perché qui le risposte anche formali degli ordinamenti non sono univoche, come evidenzia la sent. della Corte di giustizia europea, *Jani e altri*, causa C-268/99 (del 20 novembre 2001), commentata con acume e valutazioni condivisibili da M. LUCIANI, 2002, 398 ss.].

## 3. *Orientamento sessuale e divieto di discriminazione nelle dinamiche costituzionali espresse e implicite*

Così tracciato il tema di analisi, proviamo a descriverne lo svolgimento sul piano giuridico, cominciando dal livello costituzionale.

Non c'è dubbio, infatti, che la protezione dell'orientamento sessuale sia un problema «direttamente» costituzionale, che chiama in causa i contenuti più essenziali della libertà (e della identità) sessuale.

Non appare decisivo perciò, che si riscontri o meno una esplicita indicazione costituzionale sulla tutela dell'identità sessuale come orientamento.

Norme di questo tipo – che sono presenti ad esempio nella Costituzione sudafricana, e in quelle dell'Ecuador del 1998 (art. 23, 3° comma), dei *Lander* di Brandeburgo e di Turingia, nell'art. 8/1999 della Cost. svizzera, che fa di-

vieto di ogni discriminazione basata sul «modo di vita»» dei soggetti, locuzione che sembra comprendere anche il diritto ad avere una vita sessuale ed affettiva di tipo omosessuale [sulla sequenza «stile di vita-scelte sessuali» v. G. ROLLA, 2004, 41 ss.; lo scorso 5 giugno 2005, gli svizzeri hanno approvato mediante referendum una legge sulla registrazione legale delle unioni omosessuali], e nella Cost. portoghese (il riferimento è all'art. 13, 2° comma, come emendato nel luglio 2004, che recita: «*nessuno può essere favorito*, *privilegiato*, *discriminato o privato di qualche diritto o di qualche dovere per motivi legati* (tra l'altro) *all'orientamento sessuale*») – non «costituiscono» la garanzia, ma si limitano a dichiararla espressamente, con un effetto al più rafforzativo di un principio di tutela già implicito nella combinazione di libertà ed eguaglianza.

La sessualità è una forma di manifestazione della personalità umana, una delle più autentiche e forti, è parte integrante della esperienza degli individui come esseri umani [la Corte cost., nella sent. n. 561/1987, la definì «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»; v., in dottrina, L. MANNELLI, 1989, I, 2313 ss.].

Non serve nemmeno scomodare la categoria concettuale dei «nuovi diritti» per rimarcare il valore costituzionale dell'identità sessuale come orientamento: la matrice è quella dell'identità, del pieno sviluppo della persona, della dignità sociale e dell'eguaglianza senza distinzione di condizioni personali, che si arricchisce e propone nuovi contenuti man mano che questi contenuti e gli interessi che li sostengono riescono ad acquisire un rilievo sul terreno politico-sociale [per F. MODUGNO, 1995, 38-39, il diritto di disporre liberamente della propria sessualità va ricompresso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrate tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 impone di garantire].

Questa lettura, che iscrive l'orientamento sessuale nella prospettiva del personalismo, della «libertà eguale», è avvalorata anche alla luce del parametro costituzionale «allargato» dell'ordinamento europeo, costruito attraverso la sintesi e l'integrazione delle sfere normative (statali e sovranazionali), che si sovrappongono parzialmente pur senza coincidere o assorbirsi l'una nell'altra.

All'interno di questo modello costituzionale «*multilevel*», principi generali del diritto comunitario, tradizioni costituzionali comuni e avanzamenti legislativi degli Stati, nuove sintesi e combinazioni di entrambi questi elementi prodotte dall'elaborazione giurisprudenziale, danno vita a quello che è stato definito, con grande efficacia rappresentativa, il «patrimonio costituzionale europeo» [A. PIZZORUSSO, 2002, *passim*], rispetto al quale la ricerca dei fattori costituzionali di legittimazione, o di limitazione-invalidazione, di scelte legislative, politiche, non può essere più condotta prescindendo da questa realtà in cui i contenuti e le istanze costituzionali fondamentali sono al tempo stesso statali ed europei.

L'art. II-81 del Trattato costituzionale (*ex* art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma forse, alla luce degli ultimi eventi e del difficile futuro che si annuncia per la «Costituzione europea», sarebbe meglio continuare a parlare di Carta dei diritti), e l'art. 13 del Trattato CE (poi attuato con la direttiva n. 2000/78, a sua volta da noi recepita e attuata con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, appunto dedicato alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, «indipendentemente (tra l'altro) dall'orientamento sessuale» dei lavoratori), sono la diretta espressione di quello che può essere definito come un principio comune del costituzionalismo europeo, vale a dire il divieto di discriminazione di un soggetto per le sue tendenze sessuali [da ultimo, v. anche la legge n. 69/2005, sul c.d. «mandato d'arresto europeo», che all'art. 18, prevede la possibilità della Corte d'Appello di rifiutare la consegna dell'arrestato (tra gli altri casi a) se vi sono motivi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo è stato emesso al fine di perseguire penalmente o di punire una persona a causa (…) delle sue tendenze sessuali …»].

## 4. *L'omosessualità come condotta libera: l'eliminazione progressiva del reato di sodomia. La giurisprudenza della Corte EDU e gli orientamenti della Corte Suprema degli USA (da «Bowers» a «Lawrence»)*

Questa protezione costituzionale ormai consolidata (a volte esplicita, in altri casi invece prodotta dalla interpretazione evolutiva e «trasversale» delle norme costituzionali) dell'orientamento sessuale come condizione personale da tutelare rispetto a comportamenti discriminatori è in qualche misura un punto di approdo di un percorso complesso e tutt'altro che lineare, aperto oggi verso nuove prospettive.

Una prima tappa della tutela giuridica dell'orientamento sessuale si è realizzata nel riconoscimento della omosessualità come legittima e libera condotta personale, attraverso l'abrogazione o la dichiarazione di incostituzionalità delle leggi che puniscono la sodomia, soprattutto tra uomini.

In molti ordinamenti è stata un'acquisizione recente, e soprattutto non facile.

Non parliamo dei casi-limite dell'Iran o del codice penale cubano che impone l'allontanamento dalla famiglia dei figli di un genitore omosessuale.

In Europa, la graduale «scoperta» da parte della Corte EDU dei significati e delle implicazioni, anche in termini di libertà sessuale, del principio del rispetto della vita privata delle persone (art. 8, Conv. EDU), è una importante cartina di tornasole delle difficoltà di questo cammino verso il diritto a vivere liberamente le proprie tendenze sessuali.

Dopo che fino agli anni '70, la punizione delle relazioni tra persone dello stesso sesso (soprattutto nella Repubblica Democratica Tedesca) era «tollerata», e anzi giustificata nel segno di una considerazione negativa della omosessualità come grave deviazione di fronte alla quale il rispetto della vita privata può trovare un limite (e «cedere») nell'esigenza di protezione della salute e della morale pubblica [vedi C.A. MEYER, 1998, 158-159; da noi, in termini analoghi, v. Sacra Rota, 24 novembre 1983, in *Dir. eccl.*, 1984, II, 260; nonché Pret. Genova, 1° agosto 1977, in *Giur. Merito*, 1979, I, 915, che parlava, a proposito del riconoscimento di uno *status* «parafamiliare» al convivente omosessuale, di ipotesi «aberrante, abnorme, …, contraria al buon costume»], è con i casi *Dudgeon* (1977) e *Norris* (1983) che la Corte europea censura la repressione indiscriminata della condotta omosessuale perché contrastante con l'art. 8, accettando ancora solo un margine di apprezzamento e di discrezionalità statale quanto alla fissazione di una diversa età minima per un valido consenso alle relazioni omosessuali rispetto a quelle eterosessuali.

In entrambe le vicende, veniva in questione la legislazione irlandese, ancora non incisa dal *Sexual Offences Act* che dal 1967, nel Regno Unito, aveva depenalizzato le relazioni omosessuali, pur mantenendo una diversa età del consenso.

È sintomatico di questa «progressione» nella consapevolezza, da parte del Giudice europeo dei diritti, della illegittimità (rispetto alla Convenzione) delle norme che puniscono l'omosessualità, che nelle più recenti sentenze *Norris* e *Modinos* (1993), affinché sia integrata l'ipotesi della violazione del principio del rispetto della vita privata non occorre più la diretta intrusione delle autorità nella sfera personale e «spaziale» dei soggetti (ancorché non seguita da azione penale nel caso *Dudgeon*), ma il fatto stesso dell'esistenza di una norma e della sua potenziale applicazione (sebbene nel caso *Modinos*, il Governo Cipriota avesse sostenuto che le norme esaminate erano da ritenersi implicitamente incostituzionali).

Più recentemente poi, la Corte EDU è passata dalla difesa «passiva» dell'orientamento omosessuale (contro la «aggressione legale» degli stessi ordinamenti giuridici) alla sua tutela dinamica, approfondendo i contenuti antidiscriminatori del principio di identità personale e di rispetto della vita privata.

In *Smith* v. *Grady* del 1999, la Corte «sanziona» le discriminazioni legate all'accesso degli omosessuali alla carriera militare, affermando che la discrezionalità degli Stati nell'organizzare il proprio sistema di disciplina militare e nel definire i presupposti per l'accesso e la permanenza nei corpi militari non può andare oltre l'identificazione di situazioni che costituiscono o possono costituire una reale minaccia all'efficienza, al buon funzionamento, al morale delle forze armate, dimostrata da solide prove; e questa dimostrazione non può dirsi assorbita dalla semplice rilevazione dell'orientamento omosessuale di un soggetto.

Può essere interessante sul punto, un parallelo con l'esperienza italiana, che, fino 1995, considerava «*tout court*» l'omosessualità come causa di esonero dal servizio militare, mentre dopo il d.m. 29 novembre 1995, pur essendo stata sostituita come condizione di esonero l'omosessualità con una più ampia e al tempo stesso ristretta categoria di «disturbi dell'identità che limitino significativamente nell'assolvimento dei compiti militari», si continua a qualificare l'orientamento omosessuale come «disturbo dell'identità di genere» (cfr. anche il d.m. 26 marzo 1999 [cit. da F. D'ANGELI, 2003, 25]).

Con la sentenza *Salgueiro*, sempre del 1999, il tema della tutela dell'identità sessuale come orientamento irrompe sul terreno dei rapporti familiari: per la Corte EDU, viola l'art. 14, ed è perciò discriminatoria, una diversa considerazione dei genitori separati ai fini dell'affidamento dei figli minori, basata esclusivamente sull'orientamento sessuale di uno di essi [in precedenza, nel 1992 (caso *Kerkhoven* e *Hinke* c. *Pays-Bas*) la Commissione Edu aveva affermato che non viola la Convenzione (non costituisce una «*ingerence*» nell'esercizio del diritto alla vita familiare o del diritto alla vita privata delle due donne e del bambino) la legge olandese che vietava ad una donna di acquisire l'autorità genitoriale sul figlio della sua compagna o comunque di stabilire un legame in caso di decesso della madre o di rottura dell'unione].

L'esperienza americana è persino più eclatante nel segnalare i ritardi e le difficoltà nel rimuovere gli ostacoli legati alla libera manifestazione della identità e delle tendenze sessuali.

Ancora nel 1986, nel caso *Bowers* v. *Hardwick*, la Corte rifiuta l'esistenza di un diritto costituzionale ad intrattenere una relazione con persone dello stesso sesso; viene bocciata, sia pure con una maggioranza risicata, l'idea che ciascun adulto ha il diritto, rientrante nella sua sfera di *privacy*, di avere relazioni sessuali con altri adulti consenzienti, quale che sia l'orientamento sessuale.

In una delle opinioni concorrenti (*Justice Burger*), l'omosessualità viene definita come «crimine contro la natura», «atto odioso», una sorta di minaccia per la conservazione dell'integrità del tessuto sociale.

E questo precedente è stato formalmente «*overruled*' solo nel 2003, con la sentenza resa nel caso *Lawrence* v. *Texas* [123 S. Ct. 2472 (2003), su cui v., tra gli altri, M. MONTALTI, 2004, 688-692], nella quale l'orientamento sessuale viene attratto, come «*legittimate aspect of liberty*», nel quadro assiologico dell'autonomia individuale, che comprende la libertà di condotta anche nella sfera delle relazioni personali ed intime. Non dunque semplicemente un elemento della *privacy*, da proteggere rispetto a possibili indebite intrusioni, ma un contenuto «positivo» e «razionalmente» collegato ai significati della *due process clause* [in questo senso, ancora le interessanti notazioni di C. VALENTINI, 2005, part. 200-202, secondo cui «*questa scelta interpretativa … ha delle importanti implicazioni anche sotto il profilo della distribuzione dell'onere della prova (… nel senso che) non è più il cittadino a dover provare che la libertà di*

*cui rivendica l'esercizio è fondamentale ma è il governo a dover giustificare le restrizioni di quella libertà introdotte per via legislativa*»], rispetto al quale le conclusioni della sentenza *Bowers* e le *sodomy laws* rappresentano un'inaccettabile compressione, e anzi uno «svilimento» delle persone omosessuali.

Invero, una qualche «correzione» dell'indirizzo di giustificazione dei *sodomy statutes* si era avuta anche prima del caso *Lawrence*, sia a livello di Corti statali, che in più occasioni hanno manifestamente preso le distanze dal precedente *Bowers* [v. per tutti la pronuncia della Corte Suprema del Kentucky, *Commonwealth* v. *Wasson*, del 1992, in *Harvard Law Rev.*, 1993, vol. 106, 1370 ss.], sia nella giurisprudenza della Suprema Corte Federale, che nella decisione *Romer* v. *Evans* del 1996, aveva bocciato, ritenendolo incostituzionale, un emendamento alla Costituzione del Colorado introdotto con referendum, che stabiliva un principio di divieto di tutte le misure di protezione fondate sull'orientamento sessuale.

Nell'opinione di maggioranza della Corte, anche se formalmente questo emendamento sembrava mettere sullo stesso piano i soggetti al di là del loro orientamento sessuale, il fatto stesso di considerare isolatamente la classe degli omosessuali, di affermare che solo essi non possono chiedere alcuna misura di protezione, costituisce una violazione in sé dell'*equal protection clause*, per il fatto che appare rivelatore di un atteggiamento ostile.

È significativo che nella *dissenting opinion* di Justice Scalia, già questa sentenza avrebbe provocato un *overruling* non dichiarato del precedente *Bowers*, arrivando alla conclusione paradossale che resterebbe costituzionale una limitazione di una libertà mentre sarebbe incostituzionale il semplice rifiuto di concedere un diritto o una tutela speciale.

L'eredità della sentenza *Lawrence* non ha tardato a manifestarsi in termini persino più accentuati, investendo cioè il profilo della relazionalità omosessuale stabile, con due pronunce della Corte Suprema del Massachusetts [*Goodridge et al. V. Department of Public Health* del 18 novembre 2003, e *Opinions of the Justices to the Senate* del 3 febbraio 2004], che hanno sancito l'incostituzionalità della limitazione dell'istituto matrimoniale alle sole coppie di sesso diverso, sul presupposto che il matrimonio è un «*fundamental right*» proiettato verso la ricerca e la tutela del bene di ogni individuo e della comunità, e non può pertanto essere precluso alle *same-sex couples* [su questa vicenda, v. ancora l'attenta analisi di M. MONTALTI, 2004, spec. 696-699; nonché M.R. MARELLA, 2005, 85 ss.].

Per tornare in Europa, infine, solo con una sentenza del 21 giugno 2002, la Corte costituzionale austriaca ha annullato una disposizione del codice penale (il par. 209) che puniva i rapporti omosessuali tra uomini al di sopra dei 19 anni e giovani di età compresa tra i 14 e i 18 anni: per il tribunale delle leggi austriaco, un comportamento di per sé non punito non può diventare rilevante penalmente solo in relazione all'orientamento sessuale dei soggetti implicati.

## 5. *L'omosessualità come condizione protetta (dalla incostituzionalità della punizione al divieto di discriminazione). Il passaggio «intermedio» della tutela del transessualismo*

Il secondo passaggio «evolutivo» del trattamento giuridico dell'omosessualità è quello da condizione «libera» a condizione costituzionalmente protetta come manifestazione irriducibile, e non discriminabile, dell'identità personale.

Almeno da noi, si può dire che la questione del transessualismo abbia fatto da apripista, da momento intermedio di passaggio dall'identità sessuale come genere all'identità sessuale come orientamento; il transessualismo non è ancora orientamento, ma è già una figurazione complessa dell'identità sessuale, non più schiacciata sul mero connotato fisico-biologico [Corte cost. n. 161/1985 parlerà di «*psicosessualità in contrasto con la presenza di organi dell'altro sesso*»; conf., Trib. Catania, 17 marzo 2004, in *Dir. fam. pers.*, n. 2/2004, 459].

I dati rilevanti sul piano giuridico di questa problematica restano le due decisioni della Corte costt. nn. 98/1979 e 161/1985, e tra esse, la legge 164/1982 [sulle due decisioni, v. F. MODUGNO, 1995, 14-16].

La prima sentenza ha in qualche modo aperto la strada alla legge segnalando un'esigenza che poteva diventare una possibile lacuna costituzionalmente rilevante.

La Corte prima afferma che le norme costituzionali invocate non pongono fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno e diverso dall'originario, acquisito con trasformazione chirurgica, e dunque questo non è un problema che può essere risolto in termini di costituzionalità delle disposizioni impugnate.

Tuttavia, apre ad una possibile soluzione normativa, nella parte in cui sottolinea che «*il problema può suscitare, in Italia come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come "società naturale" …*».

La seconda decisione invece, dopo l'intervento della legge recante «*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*», consolida questa scelta legislativa, attribuendo agli interessi che la normativa in questione prova a tutelare una giustificazione di tipo costituzionale.

Si legge in particolare nella sent. n. 161/1985 che la legge n. 164/1982 si colloca «*nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale*».

Al di là della diversità tra le due situazioni, quella del transessuale e quella dell'omosessuale, che però in molte storie della vita finisce per scemare molto (pensiamo al travestitismo, o al fatto che comunque sono poi anche gli impulsi

sessuali ad agire come fattore di dissociazione soma-psiche), in comune c'è la configurazione del sesso, dell'identità sessuale, come percezione di sé, come modo di essere complessivo, che in un caso sostiene un'istanza di modificazione della propria dimensione fisico-biologica, per adeguarla e farla coincidere con quella psichica; nell'altro richiede che venga legittimata e non discriminata una manifestazione «atipica» (usiamo solo per comodità espositiva questo aggettivo e senza che esprima condizioni di priorità tra manifestazioni tipiche e atipiche) rispetto a questa dimensione fisico-biologica.

Il sesso dunque come ruolo non assegnato una volta per tutte dall'elemento biologico, ma come fattore esposto alle dinamiche biografiche dei soggetti, che vogliono cambiare sesso o vivere diversamente il proprio sesso sul piano delle preferenze e delle esperienze relazionali.

Paradossalmente, questa seconda prospettiva pone maggiori problemi all'ordinamento [in termini analoghi, v. R. TORINO, 2004, 6 e 14], perché la prima in fondo, almeno in molte delle sue esternazioni, finisce col riconoscere e accettare una delle due dimensioni sessuali «originarie», appunto uno dei due «generi»; in altre parole, l'identità sessuale del transessuale resta (o aspira a restare) un'identità di genere, solo diversa e anzi contrastante rispetto a quella di partenza.

In questo senso, il transessualismo viene letto in chiave di fenomeno transitorio, di passaggio da un sesso all'altro, che equivale, come è stato detto, a ragionare ancora in termini di Adamo ed Eva.

È interessante, in questa prospettiva, la giurisprudenza che riconosce il diritto dei transessuali di sposarsi in conformità alla nuova condizione sessuale acquisita a seguito dell'intervento di trasformazione dei caratteri sessuali secondari [cfr. la sent. Corte di giustizia europea, *K.B. c. National Health Service Pension Agency et al.*, del 7 gennaio 2004, causa C-117/01; ma v. già Corte EDU, 11 luglio 2002, caso *Goodwin c. Regno Unito*, espressamente richiamata come precedente dalla Cjce [v. R. CALVANO, 2004], *Bundes Verfassungs Gericht*, sent. 11 ottobre 1978, in *Foro it.*, 1979, IV, 274, e implicitamente, la stessa Corte cost. n. 161/1985], proprio allo scopo di consacrare giuridicamente la conversione sessuale e la «nuova» identità, che altrimenti verrebbe costretta in una condizione di «*vulnerabilité*», «*humiliation*», «*anxiété*» (sent. *Goodwin*, par. 77).

L'orientamento omosessuale invece, e qui è il punto, sfida dall'interno, scompone la tranquilla dicotomia dei generi, la sua idoneità a costituire l'unico riferimento per la costruzione giuridica di un modello relazionale, il matrimonio, la famiglia, e le loro implicazioni sociali, economiche, successorie.

Ma sul punto, avremo modo di ritornare nel prosieguo di questo contributo.

La qualificazione dell'orientamento sessuale come interesse costituzionalmente protetto è necessariamente completata dall'affermazione di un divieto

di discriminazione per questo motivo; un divieto in qualche caso esplicito [un riferimento esemplificativo può essere l'art. 13 Trattato CE dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam], in altri casi implicitamente ricavabile dalla formule costituzionali già esistenti, come ad esempio, rimanendo sulla Costituzione italiana, il riferimento al sesso e alle condizioni personali nell'art. 3.

Il problema è capire quali margini e quali modelli di realizzazione possono ricondursi a questo divieto di discriminazione [cfr., nel nostro Paese, le disposizioni del d.lgs. n. 216/2003, cit., nonché di alcuni Statuti regionali come ad es. quello della Toscana].

Le clausole antidiscriminatorie hanno funzionato sempre con contenuti incrementali, legittimando misure diverse, via via più incisive, non limitate al dato negativo del divieto di comportamenti apertamente e direttamente discriminatori.

Si pensi allo svolgimento attuativo che hanno avuto disposizioni come il XIV emendamento della Corte cost. USA, o l'art. 119 (ora 141) Trattato CE.

Dentro queste categorie «indeterminate», l'*equal protection* o la *due process clause*, ovvero la formula antidiscriminatoria e per le pari opportunità del Trattato europeo, sono rientrati il divieto di discriminazione in senso stretto, ma anche nozioni progressivamente avanzate come la *desegregation*, la discriminazione indiretta, le azioni positive; e infatti l'art. 7, della direttiva n. 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro dispone l'utilizzabilità del meccanismo delle azioni positive anche nella forma di «misure specifiche dirette ad evitare o a compensare svantaggi», per una pluralità di stati soggettivi di debolezza, tra cui anche le tendenze sessuali.

Questa è una direttiva (da noi, come si è detto, attuata con una impostazione più restrittiva rispetto al provvedimento cornice, con il d.lgs. n. 216/2003 [è sufficiente citare l'art. 3, 4° comma, secondo cui «*… non costituiscono atti di discriminazione … quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse (…) all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima. Parimenti, non costituisce atto di discriminazione la valutazione delle caratteristiche suddette ove esse assumano rilevanza ai fini dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni che le forze armate e i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso, possono essere chiamati ad esercitare*»]) che riguarda diverse situazioni di svantaggio (tra cui anche la disabilità, l'età), e non è detto che per tutte le debolezze siano utilizzabili allo stesso modo tutti gli strumenti antidiscriminatori.

Avrei qualche dubbio proprio sulla praticabilità di «azioni positive» [rilanciate da una PdL n. 2755/02] con riferimento agli stati di discriminazione legati all'orientamento sessuale.

Quanto più cresce il livello e la profondità della deroga al principio di eguaglianza nei suoi significati formali (come accade sul terreno delle azioni positive, in specie di quelle «forti») tanto più occorre che il controllo sui requisiti sia rigoroso, che non ci siano rischi di abuso, che le situazioni di svantaggio da tutelare corrispondano a condizioni contemporaneamente «originarie», «oggettive», «irreversibili» [D'ALOIA, 2002, 233].

Senza contare che in questo caso si porrebbe anche un delicato problema di tutela del diritto alla riservatezza sessuale [art. 3, PdL n. 2755/02].

## 6. *L'omosessualità tra identità individuale e aspirazione al modello «familiare»: la giurisprudenza della Corte di giustizia europea*

Veniamo ora alla terza dimensione della tutela dell'identità sessuale come orientamento, quella più problematica, perché incrocia il tema della famiglia (matrimonio, genitorialità), che è uno dei paradigmi fondamentali del discorso giuridico, un contratto di diritto privato che è al tempo stesso una importante istituzione di diritto pubblico, cui sono collegati tanti aspetti diversi di rilevanza giuridica.

L'identità sessuale si pone qui, o aspira a funzionare, come fattore di riproduzione di alcune fondamentali categorie giuridiche.

Il dilemma è se l'identità (omo)sessuale possa essere declinata in forme ricalcate o similari rispetto al modello relazionale eterosessuale, se possa esserci un matrimonio omosessuale o qualcosa di simile, una famiglia omosessuale o qualcosa di simile.

La complessità del tema spiega la cautela delle istituzioni nell'affrontarlo, con una curiosa inversione del modello relazionale giudice/legislatore, o interpretazione giurisprudenziale/decisione legislativa. Su questo aspetto della sessualità come espressione della personalità umana, i giudici (con qualche eccezione: si pensi soprattutto ai giudici sudafricani e canadesi, su cui v. *infra*) non sempre si sentono in grado di estrarre principi, di elaborare soluzioni magari capaci di proiettarsi oltre il caso; preferiscono al contrario rinviare alla scelta democratica, politica, talvolta seguendola come fattore di consolidamento.

La diversa intensità del ruolo giudiziario sui profili della libertà sessuale si coglie ad esempio, nel confronto tra la decisione della Corte di giustizia europea nel caso *P/S* del 1996, e quelle successiva nei casi *Grant*, del 1998, e *D. Regno di Svezia* c. *Consiglio UE* del 2001.

Il primo è un caso di transessualismo, venendo a giudizio della Corte il licenziamento di un lavoratore solo perché aveva cambiato sesso; il Giudice

comunitario è diretto nel censurare questo licenziamento, riportando tutto alla «tranquilla» dimensione dell'*ex* 119, facendone cioè (una volta che il transessuale aveva modificato i suoi caratteri sessuali «originari») un caso di discriminazione per ragioni di sesso.

Gli altri due casi toccano invece il problema delle coppie omosessuali.

Nel caso *Grant* [su cui v. K. BERTHOU-A. MASSELOT, 1998, 1034 ss.], la Corte si trova a dover giudicare sul rifiuto da parte di un'azienda di trasporti di riconoscere al convivente omosessuale di una sua dipendente, alcuni benefici riconosciuti alle coppie coniugate e a quelle di fatto purché eterosessuali (segnatamente, la riduzione del prezzo del biglietto).

La Corte rigetta l'invito ad applicare anche qui la clausola antidiscriminatoria dell'art. 119, ma soprattutto «svicola» dall'interrogativo proposto, sostenendo che in fondo non c'è discriminazione perché questa scelta della società vale sia per gli uomini che per le donne dipendenti.

In realtà, la difficoltà della Corte di Lussemburgo è tutta nell'inciso «allo stato attuale del diritto comunitario …», cioè nella impossibilità al momento di individuare una posizione (o almeno una direzione) comune del diritto europeo, e soprattutto del diritto degli Stati membri, sulla regolamentazione giuridica delle coppie o convivenze tra persone dello stesso sesso [vedi il par. 32 della sentenza, in cui la Corte afferma: «*Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico degli stati membri*, *(…)*, *nella maggior parte (di essi la comunione di vita tra due persone dello stesso sesso) non viene considerata equivalente alle relazioni eterosessuali stabili fuori del matrimonio se non per quanto riguarda un numero limitato di diritti oppure non è oggetto di nessun riconoscimento particolare*»].

Poteva sembrare il preludio di un nuovo indirizzo, una volta che un certo *trend* si fosse diffuso sul piano delle esperienze nazionali; eppure, ancora nel 2001, nonostante l'implementazione dell'art. 13 Trattato CE e il suo sostanziale trasferimento nella Carta dei diritti UE, e – da un diverso punto di vista – l'approvazione dei Pacs in Francia e la nuova risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000 che chiedeva agli Stati membri «*di garantire (…) alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali*, *in particolare in materia di legislazione fiscale*, *regime patrimoniale e diritti sociali*» [il Parlamento europeo è di nuovo intervenuto sul tema con una risoluzione del 15 gennaio 2003, nella quale si chiede agli Stati membri di «riconoscere le *partnership* non matrimoniali sia eterosessuali, sia omosessuali, e di concedere loro gli stessi diritti derivanti dal matrimonio»; v. R. TORINO, 2004, 9], la posizione della Corte sulle unioni tra persone dello stesso sesso resta di sostanziale «chiusura».

Nel caso *D. e Regno di Svezia* c. *Consiglio dell'Unione europea* [Corte di giustizia, 22 febbraio 2001, nelle cause C-122/99 e C-125/99, su cui v. B. PEZZINI, 2001, 1519 ss.], peraltro, la richiesta di riconoscimento era collegata ad

un'unione stabile registrata e «legale» in un Paese membro dell'UE, mentre nel caso *Grant*, si trattava di una convivenza omosessuale di fatto.

La Corte continua ad insistere sulla non rintracciabilità nello spazio giuridico europeo di un principio comune di tutela della convivenza omosessuale stabile, e sulla necessità di un intervento normativo diretto almeno per i profili di competenza delle istituzioni europee (la vicenda, è bene ricordarlo, riguardava un dipendente del Consiglio europeo).

Dentro questa premessa, può di nuovo essere eluso il tema della discriminazione «sessuale», giacché – ripetendo *Grant* – il quadro normativo vigente si riferisce indifferentemente a donne e ad uomini, e la decisione di non concedere l'assegno «familiare» al dipendente unito da una *partnership* ad un soggetto del suo stesso sesso, non incide sulle scelte e sulle tendenze omosessuali, e non viola perciò il principio ricavabile dall'art. 8 della Convenzione EDU.

Nella sentenza fa capolino per la prima volta un profilo assai problematico, che la Corte però non sviluppa, ritenendo il motivo di ricorso irricevibile perché presentato per la prima volta in sede di discussione: il rapporto tra questa eterogeneità normativa e il principio della libera circolazione delle persone all'interno del territorio europeo.

## 7. Segue: *la formazione asimmetrica di un «diritto europeo» delle unioni tra persone dello stesso sesso*

Intanto, alle spalle di questo orientamento evidentemente interlocutorio del Giudice comunitario [che in un certo senso si rispecchia in un analogo atteggiamento di cautela della Corte EDU, quando dal profilo «individuale» dell'identità sessuale è portata ad affrontare le problematiche della coppia «non tradizionale»; v. C.A. MEYER, 1998, 175-178; e G. FERRANDO, 2005, 71], il mosaico legislativo degli stati europei ha visto aggiungersi, soprattutto negli ultimi anni, molti tasselli nel senso di una regolazione giuridica delle coppie omosessuali, di fatto sconfessando il punto di vista del Giudice comunitario sul carattere ancora non consolidato di un modello di apertura e di riconoscimento normativo nei confronti delle unioni gay.

Si tratta di normative che presentano differenze non marginali, per quanto riguarda soprattutto i soggetti della *partnership* (solo omosessuali, o indifferentemente anche eterosessuali), la denominazione utilizzata (e non è questo, un dato solo formale, come potrebbe in prima battuta apparire), il grado di assimilazione con il (o di richiamo del) modello matrimoniale [v. G. ROSSOLILLO, 2003, 365]; nondimeno, la rilevata disomogeneità degli schemi regolativi non può nascondere l'esistenza di una funzione comune di queste leggi,

dirette con intensità diversa a delineare uno statuto giuridico delle convivenze tra persone dello stesso: in altre parole, a disciplinare ciò che fino a non molto tempo addietro, era semplicemente «non disciplinabile», un problema improponibile sul piano giuridico.

Al modello della *partnership* registrata dei paesi scandinavi (con leggi risalenti al periodo tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 [Danimarca, legge 7 giugno 1989 n. 372, poi modificata dalla legge 2 giugno 1999 n. 360; Svezia, legge 23 giugno 1994, modificata per il profilo della possibilità delle coppie omosessuali registrate di adottare con la legge 5 giugno 2002; Norvegia, legge 30 aprile 1993; a questi Paesi si è aggiunta più recentemente la Finlandia, con l'*Act of registered partnerships* del 9 novembre 2001, n. 950/2001 [1]]), si sono affiancati di recente gli interventi normativi in Olanda e Belgio (rispettivamente con la legge del 21 dicembre 2000, sul matrimonio tra persone omosessuali, e la legge del 23 novembre 1998 sulla «*Cohabitation lègale*» [su cui rinvio all'analisi di F. D'ANGELI, 2003, 45 ss., e di BONINI BARALDI, 2002, 419 ss.], di fatto superata nel febbraio 2003 dal pieno riconoscimento alle coppie gay della possibilità giuridica di contrarre matrimonio allo stesso modo delle coppie eterosessuali, con la «*loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe …*»), la legge portoghese dell'11 maggio 2001, n. 7, sulle unioni di fatto indipendentemente dal sesso dei due *partners* (che ha preceduto, come si è visto, la modifica costituzionale che ha aggiunto l'orientamento sessuale alle categorie ricompresse nel divieto di discriminazione), il *Civil Partnership Bill* inglese (legge del 18 novembre 2004) che riconosce alle coppie omosessuali gli stessi diritti delle coppie eterosessuali sposate, e soprattutto la disciplina dei Pacs in Francia e del *LebensPartnerSchaft* in Germania.

Non c'è dubbio infatti che gli ultimi due siano i casi più rilevanti dal punto di vista della formazione di una tradizione giuridico-costituzionale europea.

Per quanto riguarda il Patto civile di solidarietà francese, si tratta di una scelta contrattuale di due persone per organizzare il loro vivere in comune, quale che sia il loro sesso.

In questo senso, piuttosto che come riconoscimento delle unioni omosessuali, il Pacs nasce con una funzione oggettiva diversa, quella della solidarietà, della reciproca mutualità, della costruzione di progetti di vita in comune, che presuppone comunque, secondo alcune interpretazioni [avvalorate dal *Conseil Constitutionnel*, dec. 9 novembre 1999, secondo cui la nozione legale di «*vie comune*», non si riferisce alla semplice coabitazione di due persone, né ad una mera comunione di interessi, ma richiede una «*veritable vie de couple*»], una vita affettiva e «sessuale», una «*communauté de toit et de lit*» [questa defini-

[1] Per questi dati, devo ringraziare la dott.ssa Veronica Valenti, dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università di Bologna, per l'accurato lavoro di ricerca e di traduzione dei materiali.

zione è ripresa da R. TORINO, 2004, 13; cfr. anche, sulla natura «affettivo-sessuale» del Pacs, anche P. VITUCCI, 2001, 713]. Indirettamente tuttavia, proprio perché il Patto è un contenitore sessualmente «neutro», può servire anche per la convivenza affettiva stabile tra persone dello stesso sesso [G. BACHIGNASSE, 1998, 131].

Vediamone i tratti essenziali [per una rassegna dei principali contenuti della legge francese sui Pacs, v. A. AMBANELLI, 2001, 75 ss.].

Tra i contraenti, la legge impone il rispetto di doveri reciproci di aiuto morale e materiale, formula questa che ha sostituito nella stesura definitiva del provvedimento normativo il termine fedeltà, ritenuto troppo «impegnativo», al punto da ingenerare qualche confusione con il modello matrimoniale, e oltretutto eccessivo rispetto al significato del Pacs.

Il Patto viene meno per morte o volontà di uno o di entrambi i *cocontractants*; se non c'è accordo, è il giudice a dichiarare lo scioglimento e a prendere le misure adeguate anche a protezione del «contraente» più debole.

Una stessa persona può – ovviamente non contemporaneamente – concludere diversi Pacs, senza che occorra aspettare un lasso di tempo tra la fine di uno e la stipulazione dell'altro. In caso di matrimonio di uno dei *partners*, il Pacs cessa immediatamente, mentre chi è sposato non può concludere in costanza di matrimonio un Pacs; in sostanza, è rispettata l'esigenza costituzionale della libertà di contrarre matrimonio, ed è marcata una sorta di prevalenza dell'unione coniugale sul Pacs.

Sul piano economico, la legge stabilisce la responsabilità comune dei «cocontractans» per le spese di vita corrente, e una imposizione fiscale comune, a partire però dal terzo anno di durata del Pacs, a garanzia di una certa stabilità dell'unione.

Si applicano al Pacs molte delle disposizioni in tema di sicurezza e diritti sociali dei coniugi lavoratori (es. i periodi di congedo), e di trasferimento del contratto di locazione, e i *cocontractants* che siano anche funzionari pubblici, beneficiano delle disposizioni in tema di riavvicinamento familiare.

Il capitolo successorio è sottoposto ad una disciplina di cauta apertura verso un avvicinamento delle convivenze di fatto al modello matrimoniale. Il *cocontractant* può ereditare, ma solo per effetto di specifiche disposizioni testamentarie dell'altro *partner*. Questa facoltà è esercitabile trascorsi almeno due anni dal Patto, salvo che uno dei compagni non sia affetto da malattia incurabile.

L'approccio tedesco al riconoscimento giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso è più diretto, con una legge espressamente intestata al superamento della discriminazione delle unioni omosessuali (*Lebenspartnerschaft*).

La legge, dell'agosto 2001, poi modificata da due recentissimi interventi normativi del 15 dicembre 2004 e del 6 febbraio 2005, ed è rimasta per lungo tempo (almeno parzialmente) bloccata dalla mancata emanazione di una sorta

di legislazione complementare sui diritti fiscali e sui diritti di assistenza sociali dei *partners*. Nel frattempo però, ha avuto il fondamentale avallo del BVG, con una sentenza molto contrastata del 17 luglio del 2002.

L'orizzonte regolativo appare su alcuni punti assai più avanzato del Pacs francese, con la possibilità dei *partner* di adottare un cognome comune, la previsione del diritto di ciascun convivente di frequentare il figlio dell'altro *partners* e di essere associato alle decisioni che riguardano la vita del bambino (sempre che l'altro *partner* genitore sia l'unico ad esercitare la potestà genitoriale), un diritto di successione legale assai più simile a quello «coniugale» (e ulteriormente rafforzato dalla recente legislazione di modifica al LPS); per il resto, è un contratto di partenariato (o di convivenza) concluso davanti ad un'autorità competente, tra due persone maggiorenni dello stesso sesso, che può essere fatto cessare mediante un giudizio di annullamento o una dichiarazione congiunta di revoca [ad ogni modo, lo scioglimento della convivenza registrata mediante una pronuncia del tribunale competente, è sottoposto ad un termine di verifica e conferma dopo la presentazione della domanda, che varia da uno a tre anni, a secondo che l'istanza di scioglimento sia consensuale o unilaterale, ovvero che il *partner* che chiede lo scioglimento è separato da un anno e vuole contrarre con un'altra persona la LPS].

La legge tedesca inoltre, soprattutto nella versione più recente, non esclude un profilo di mantenimento del *partner* «debole» economicamente (che non dispone di sostentamento sufficienti) in caso di scioglimento dell'unione; ed è regolata anche la sorte della casa familiare alla fine della convivenza registrata.

D'altro canto, tuttavia, non è riconosciuto un diritto alla pensione in caso di morte del *partner* (ma solo, in caso di annullamento dell'unione, una specie di conguaglio delle aspettative previdenziali maturate dai *partners* durante la LPS), non è ammessa la possibilità di adottare insieme (tuttavia, dopo le modifiche del 2004-2005, un *partner* della LPS può adottare come *single* il bambino dell'altro *partner*; ed entrambi possono adottare, sempre «singolarmente», un bambino, con il consenso però dell'altro).

Come si è anticipato, il Tribunale costituzionale tedesco ha sancito la legittimità del LPS con una sentenza molto densa sul piano motivazionale, e con una maggioranza asimmetrica sulle diverse questioni.

La questione centrale era la compatibilità di questo tipo di unione con la speciale protezione costituzionale del matrimonio, basata sull'art. 6 GG.

Non è solo una questione di denominazione; secondo una delle opinioni dissenzienti (quella del Giudice *Papier*), la Costituzione tutela il matrimonio come complesso di regole e principi, nella sua configurazione strutturale fondata sulla diversità del sesso dei contraenti.

In questo senso, è irrilevante che il legislatore usi un altro termine per definire le unioni tra persone dello stesso sesso. La sostanza è quella di un legame che ricalca in gran parte la disciplina del matrimonio in un contesto relaziona-

le irriducibile alla dimensione essenziale e inviolabile del matrimonio stesso, cioè appunto l'incontro tra uomo e donna. Sul punto è molto chiara l'opinione dissenziente del Giudice dott.ssa Haas: «*il requisito costituzionale in base al quale solo partners eterosessuali possono contrarre matrimonio risulta essere violato nel momento in cui viene creato un istituto per coppie appartenenti al medesimo sesso, la cui organizzazione corrisponde alle forme giuridiche delineate per il matrimonio, con una trasposizione della richiesta di promozione costituzionale*».

Per la Corte, viceversa, il nuovo istituto non contrasta con la libertà di contrarre matrimonio, giacché alle coppie eterosessuali è impedita la LPS, mentre a quelle omosessuali è impedito il matrimonio. I due modelli «legali» di convivenza operano, in altri termini, su piani diversi [sempre secondo la legge, chi ha contratto una LPS può contrarre matrimonio ma, almeno nell'interpretazione del BVG, solo dopo aver sciolto il contratto di partenariato; il Governo aveva invece sostenuto la tesi dello scioglimento automatico della LPS in caso di matrimonio successivo di uno dei *partners*].

Nella ricostruzione del BVG, la LPS non è un matrimonio, ma un istituto che riconosce diritti ai soggetti omosessuali uniti da una convivenza registrata.

La speciale protezione costituzionale del matrimonio non impedisce che l'ordinamento costituzionale riconosca altre forme di convivenza che peraltro, come in questo caso, non sono «concorrenziali» rispetto al matrimonio, che non subisce perciò alcuna delegittimazione dall'introduzione del LPS.

Semmai, la tutela direttamente iscritta in Costituzione del matrimonio significa che esso non potrebbe essere soppresso senza revisione costituzionale, che solo il matrimonio riflette un ordine di promozione costituzionale obbligatoria, ma non implica che altre forme di convivenza non possano essere tutelate, o che il matrimonio debba per forza essere tutelato più e meglio di altre forme.

Se questo era il tema cruciale del ricorso di legittimità costituzionale, la Corte tedesca ha dovuto affrontare anche altre questioni, che avrebbero avuto rilevanza anche nel nostro sistema costituzionale.

In primo luogo, la violazione dell'art. 3 per il fatto che la legge si rivolge solo alle unioni tra omosessuali, e non anche ad altre convivenze di persone eterosessuali non sposate o di parenti.

Per il BVG, la differenziazione non è però irragionevole, giacché queste situazioni sono diverse, sul piano della motivazione a stare insieme, dell'elemento affettivo, della valenza di «progetto di vita» tendenzialmente duraturo ed esclusivo di queste unioni; riguardo poi ai conviventi eterosessuali, non è una discriminazione il fatto che non possano fare LPS, perché potrebbero fare il matrimonio, che sul piano degli effetti concreti non è molto diverso.

La Corte tedesca ha respinto infine anche la censura relativa al preteso contrasto del diritto legale di successione dei *partners* dell'unione omosessuale

con la libertà di fare testamento e di deciderne i contenuti, di cui all'art. 14 GG [secondo cui (1° comma) «*la proprietà e il diritto di successione sono garantiti. Contenuto e limiti vengono stabiliti dalla legge*»], rilevando che la libertà di testare non è assoluta, ma soggetta all'intervento ragionevole e proporzionato del legislatore, e che per i parenti del *de cuius* la situazione non è poi diversa rispetto a quella che si verificherebbe se il medesimo soggetto fosse stato sposato: in altri termini, il problema è a monte, nel senso che se si ammette l'istituto del LPS, diventa naturale ammettere questa conseguenza successoria, collegata all'aiuto morale e materiale e ai reciproci obblighi dei *partners* contratti in vita, e all'esigenza di garantire la situazione economica della unione.

Dopo Francia e Germania anche la Spagna e la Svizzera si avviano a predisporre uno statuto giuridico delle unioni stabili degli omosessuali.

Anzi, quest'ultima ha già una legge federale sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali, del 18 giugno 2004, che proprio recentemente (5 giugno 2005) è stata sottoposta ad un referendum popolare «oppositivo» che non ha però avuto successo [sulla vicenda, R. THEUS BALDASSARRE, 2005].

In Spagna, è stato appena approvato da uno dei due rami delle *Cortes*, un disegno di legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, fortemente sostenuto dal Governo Zapatero e dalla nuova maggioranza politica.

Si tratta di un provvedimento legislativo connotato da elementi che spostano significativamente «in avanti» i confini del riconoscimento giuridico delle convivenze omosessuali: basti pensare che nei capitoli del codice civile relativi ai diritti e doveri delle coppie, le parole «marito» e «moglie» sono sostituite da termini più generici e sessualmente «neutri», come «persona» e «coniuge». E questa equiparazione varca anche la soglia del rapporto di genitorialità.

Invero, già prima della svolta impressa dal nuovo Esecutivo, alcune Comunità autonome (Catalogna, Aragona, Navarra) avevano provato a forzare il quadro legislativo nazionale, adottando norme sulla condizione giuridica e sulla eguaglianza delle coppie di fatto (anche tra persone dello stesso sesso). Alcune di queste leggi sono state impugnate davanti al *Tribunal Constitucional*, che non si è ancora pronunciato, sebbene in una precedente decisione n. 222/1994, avesse affermato che la netta connotazione «eterosessuale» del matrimonio, anche alla luce della chiara formula dell'art. 32 Cost. spagnola (che parla di «uomo e donna» come soggetti dell'istituto nuziale), non escluderebbe radicalmente la possibilità del legislatore di stabilire un sistema in parte analogo a quello matrimoniale per le coppie omosessuali stabili, in modo da consentire alcuni diritti e benefici senza però mettere in discussione il principio che il matrimonio è uno solo.

## 8. Segue: *un* «excursus» *fuori dall'Europa: matrimoni omosessuali e* partnerships registered *in USA, Canada e Sud Africa*

Anche fuori dall'Europa, si registra una altalenante teoria di posizioni eterogenee, nella giurisprudenza e sul piano delle scelte politiche e legislative, in ordine alla regolazione delle unioni omosessuali.

Negli Usa, malgrado la resistenza per lungo tempo di un atteggiamento ostile della Corte Suprema verso la stessa libertà di relazioni omosessuali anche non stabili (formalmente abbandonato, come s'è visto, solo con la decisione resa nel caso *Lawrence* v. *Texas* del 2003), in alcuni Stati la ricerca di uno spazio giuridico per le unioni tra persone dello stesso sesso prende – almeno inizialmente – la strada del riconoscimento giurisprudenziale, *case by case*.

Uno dei casi più celebri è quello *Baehr* v. *Levin*, in tema di diniego di una licenza matrimoniale ad una coppia omosessuale.

Nel 1993, la Circuit Court dello Stato delle Hawaii dichiara incostituzionale il divieto di matrimonio tra omosessuali.

È immediata la reazione politica a diversi livelli: la preoccupazione che il legislatore hawaiano potesse introdurre il matrimonio tra persone dello stesso sesso, e che in base all'art. 4 della Cost. federale (la *full faith and credit clause*: in soldoni, gli atti pubblici di uno Stato saranno pienamente riconosciuti dagli altri Stati della Federazione, salvo che il Congresso federale non disponga altrimenti) tale istituto venisse «riconosciuto» e «applicato» dalle Corti e dalle amministrazioni degli altri Stati, ha spinto in prima battuta il legislatore federale ad emanare nel 1996 il *Defense Marriage Act*, in cui si afferma che gli Stati possono non conferire efficacia a quegli atti che, pur legittimamente emanati da uno Stato, attribuiscono alle unioni omosessuali uno status simile a quello del matrimonio [un classico caso di infortunio del federalismo, e di conflitto tra elementi di integrazione ed elementi di chiusura – separazione, secondo la valutazione critica di A. D'ANGELO, 2000, 314-316]; si consideri comunque che nella maggioranza degli Stati ci sono leggi esplicitamente contrarie al riconoscimento delle unioni matrimoniali omosessuali [tra queste, si veda la modifica al Family Code della California approvata con referendum popolare nel 2000, che ora, alla sect. 308.5, stabilisce che «*only marriage between a man and woman is valid or recognized in California*»].

Successivamente, la questione Baehr è poi approdata alla Corte Suprema di quello Stato, dopo che con referendum, è stato introdotto un emendamento costituzionale che espressamente riserva il matrimonio alle sole coppie eterosessuali; e il mutamento di parametro ha portato la Corte Suprema Statale ad annullare la decisione della Circuit Court.

Una vicenda analoga, ma con esito diverso, si verifica nello Stato del Vermont.

Anche qui si trattava di un problema di licenze di matrimonio, e anche qui il primo intervento è stato del potere giudiziario.

La Corte Suprema dello Stato, valutando la legittimità di una norma che escludeva appunto le coppie omosessuali dal rilascio di licenze di matrimonio, in quanto il matrimonio doveva intendersi riferito alle sole coppie eterosessuali, ha ritenuto questa norma ingiustificata sotto il profilo costituzionale alla luce della *Common Benefit Clause* di cui all'art. 7 Cost. Vermont, non ravvisando una *legitimate public pourpose* che giustifichi ragionevolmente questo trattamento differenziato [sulla vicenda, v. A. D'ANGELO, 2000, 295 ss.].

Al tempo stesso, la Corte rimandava poi all'organo legislativo la scelta se introdurre *tout court* il matrimonio tra gli omosessuali ovvero attribuire loro benefici, vantaggi o altri istituti analoghi, ma in un quadro di differenziazione dei modelli di convivenza.

Il Parlamento del Vermont con l'*Act Relating Civil Unions* dell'aprile 2000 ha scelto questa seconda opzione, per cui le unioni civili omosessuali ricevono benefici e hanno doveri sostanzialmente identici a quelli dei coniugi compresa la possibilità di adottare.

Infine, anche in Massachusetts, dopo le sentenze *Goodridge* e *Opinion of the Justices to the Senat*, è stato attivato un procedimento di revisione costituzionale (ancora in corso) volto ad introdurre, direttamente nella Carta Fondamentale dello Stato, il principio della necessaria ed esclusiva «eterosessualità» del matrimonio [v. ancora M. MONTALTI, 2004, 698; cfr. anche la sent. della *Superior Court* dell'Alaska *Brause* v. *Bureau of Vital Statistic*, del 1998, in cui il Giudice ha affermato che «*here the Court finds that the choice of a life partners is personal*, *intimate*, *and subject to the protection of the right to privacy. (…) Government intrusion into the choice of a life partners encroaches on the intimate personal decisions of the individual. This the Constitution does not allow unless the state can show a compelling interest …*»].

Ancora più favorevoli all'ammissibilità di una disciplina (e di una tutela) giuridica delle convivenze tra persone dello stesso sesso si mostrano infine le esperienze giuridiche di Canada e Sud Africa.

Cominciamo dal Canada, dove la costruzione progressiva di uno statuto giuridico delle relazioni omosessuali si è svolta sotto l'ombrello del principio antidiscriminatorio della Carta dei diritti del 1982 (*section* 15), sottoposto ad un intenso lavorio di «scoperta» interpretativa da parte degli organi giudiziari [R. WINTEMUTE, 2004, 81 ss.].

Il primo *leading case* della Corte Suprema è *Egan* v. *Canada* del 1995, in cui appunto il problema dell'omosessualità è collocato dentro l'istanza egualitaria e antidiscriminatoria, nella convinzione che «*homosexuals*, *whether as individuals or couples*, *forma an identifiable minorità who have suffered and continue to suffer serious social*, *politica and economic disadvantage*». La Corte all'unanimità condivide questa premessa, mentre si divide su come considerare la di-

stinzione – ai fini di alcuni benefici collegati alla previdenza e alla sicurezza sociale – tra coppie eterosessuali e *same-sex couples*. Cinque giudici (contro 4) la ritengono discriminatoria rispetto alla *sect*. 15 (1), in quanto «*sexual orientation is demonstrated in a person's choice of a life partners*, *whether heterosexual or homosexual*»; uno dei cinque però, consente ad una maggioranza asimmetrica di salvare la discriminazione alla luce della *sect.* 1, affermando che «*equating same-sex couples with heterosexual spouses*, *either married or common law*, *is still generally regarded as a novel concept*» [significativi di questa prospettiva evolutiva appaiono anche i seguenti casi: *Vriend* v. *Alberta* del 1998, in cui la mancata protezione legale contro le discriminazioni legate all'orientamento sessuale nel lavoro pubblico e privato è ritenuta contrastante con la *sect*. 15 della Carta dei diritti; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, del 2000, nel quale la Corte Suprema interpreta il suo precedente *Butler*, sulla definizione del concetto di oscenità, e sulla sostanziale esclusione da questo ambito delle immagini pornografiche salvo che non riguardino bambini, situazioni di violenza, o atti che presentino un carattere «degradante» o «dehumanized», come comprensivo del materiale pornografico a carattere omosessuale, sul presupposto che «*gay and lesbian culture as such does not costitute a general exemption from the Butler test*»].

Questa riserva viene abbandonata nel successivo caso *Procuratore Generale dell'Ontario* v. *M. e H.*, del 20 novembre 1999.

Oggetto di questo caso era la costituzionalità dell'art. 29 della LDF (legge sul diritto di famiglia) che prevede l'obbligo alimentare tra congiunti, ma unicamente nel caso di una relazione eterosessuale, anche di fatto. La Corte dichiara l'incostituzionalità della disposizione impugnata, affermando il principio per cui sono da intendersi come «congiunti» anche *partners* dello stesso sesso uniti da una relazione stabile, perché il contrario dato normativo «*implies that [same-sex couples] are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples (…) Such exclusion perpetuates the disadvantages [they suffer] and contributes to the erasure of their existence*»; una pronuncia che viene poi subito accolta e attuata dal legislatore dell'Ontario [anche la Ontario Supreme Court, con la decisione *Halpern v. Canada* del 12 luglio 2002, ha sancito il principio per cui l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio civile costituisce una discriminazione «diretta» basata sull'orientamento sessuale, come tale irragionevole e non giustificabile sia in rapporto alla *sect.* 15 che in rapporto alla *sect.* 1], ma anche da altri legislatori statali canadesi (Manitoba, Nova Scotia, Quebec [cfr. ancora, per i contenuti di queste leggi, R. WINTEMUTE, 2004, 107-108; e D.G. CASSWELL, 2004, 143 ss.]).

Anche in Sud Africa, la Corte Suprema ha in più occasioni applicato la sua «doctrine» sulla illegittimità di ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, ritenendo come discriminatoria – dopo aver dichiarato incostituzio-

nale il reato di sodomia [caso *Harksen* v. *Lane* del 1988] – anche la preclusione ai gay di uno stato «legale» di convivenza e delle sue implicazioni.

Con la sentenza resa nel caso *The National Coalition for gay and Lesbians Equality* v. *The Minister of Home Affairs*, del 2 dicembre 1999, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'*Alien Control Act* del 1991, nella parte in cui legittimerebbe una interpretazione del concetto di congiunti limitata alle relazioni eterosessuali: un simile «diritto vivente» è contrario alla protezione costituzionale dell'orientamento sessuale, e non può essere giustificato da una pretesa (ma appunto, negata dal Giudice Supremo sudafricano) coessenzialità della capacità di procreare con il legame coniugale; sempre lo stesso anno [caso *Satchwell* v. *President of Republic of South Africa et al.*], riconosceva alle coppie omosessuali stabili alcuni diritti economici collegati al rapporto di lavoro di uno dei *partners*, fino ad allora riservati alle coppie eterosessuali sposate.

Infine, nel 2002 e nel 2003, altre due sentenze del Giudice costituzionale aprivano agli omosessuali conviventi la strada dell'adozione e dell'ammissione alle tecniche di fecondazione artificiale [il riferimento è rispettivamente ai casi *Du Toit et al.* v. *Minister of Welfare and population development*, e *J. And B.* v. *Director General*, *Department of Home affairs and other*; su queste decisioni, nonché per una panoramica delle posizioni anche più avanzate delle Corti di merito sudafricane, v. la rassegna ampia di V. VALENTI, 2005, in questo volume, che prende le mosse proprio da una sent. della Supreme Court of Appeal del Sudafrica, del 30 novembre 2004 (caso *Furie e Bonthuys* v. *Minister of Home Affair set al.*), con la quale il giudice sudafricano ha affermato che la nozione di «*common law marriage*» riguarda l'unione tra due persone, senza che rilevi la diversità di sesso o l'appartenenza allo stesso sesso].

## 9. *Quale spazio per le unioni omosessuali nella Costituzione italiana? Argomenti per l'ammissibilità di uno statuto giuridico delle convivenze tra persone dello stesso sesso, al di fuori delle categorie di «famiglia» e «matrimonio»*

Quali insegnamenti e quali proiezioni queste esperienze possono avere sulla valutazione di questo tema alla luce dei nostri principi costituzionali?

Dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale, credo che la questione della delineazione di uno statuto giuridico per le unioni tra persone dello stesso sesso possa muoversi su una linea di compatibilità rispetto alla trama dei principi che traducono il disegno intrecciato del personalismo e del pluralismo sociale.

Se il punto di partenza di questa ricostruzione è il diritto dei singoli a vive-

re liberamente, e senza subire discriminazioni, la propria identità sessuale, sembra corretto argomentare che i diritti della persona esistono come dimensioni individuali e (contemporaneamente) in quanto elementi che si proiettano nella libera ricerca di schemi relazionali e «aggregativi».

Non a caso, l'art. 2 parla di diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, e il capoverso dell'art. 3 lega in modo stretto «pieno sviluppo della persona» e «partecipazione» alla vita politica, economica e sociale.

A questa stregua, la configurazione della convivenza omosessuale come esperienza regolata dal diritto, e perciò «riconosciuta», può svolgere una funzione di completamento della tutela costituzionale dell'identità sessuale come orientamento, perché legittima giuridicamente uno dei suoi principali modi di realizzazione, lo tira fuori dal limbo dei comportamenti appena tollerati, ma al più considerati irrilevanti e anzi costretti a misurarsi con il metro dell'«anomalia», ponendo queste «formazioni sociali» su un piano di «pari dignità sociale» [sul rilievo della formula che apre l'art. 3, 1° comma, Cost., v. le riflessioni fondamentali di G. FERRARA, 1974, 1089 ss., spec. 1104-1105], pur nella diversità dei profili regolativi, rispetto all'orientamento sessuale «tradizionale» e alle sue forme di realizzazione.

Una legislazione siffatta manifesterebbe infine, un importante ruolo «pedagogico», di promozione culturale, finanche di rimozione «degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (per usare la apertissima indicazione finalistica dell'art. 3, 2° comma, Cost.), sia in rapporto alla società nel suo complesso, sia nei confronti degli stessi omosessuali come soggetti (finora) «deboli» e discriminati dall'atteggiamento socio-culturale prevalente [in termini, già A. D'ALOIA, 1996, 77, N. PIGNATELLI, 2005, 19, e, nella dottrina americana, D.L. CHAMBERS, 1996, 447; *contra* invece, ritenendo che «la posizione dei conviventi omosessuali rispetto a quella dei coniugi non può considerarsi una situazione di disuguaglianza effettiva che di fatto impedisce il pieno svolgimento dello sviluppo della persona, e quindi come tale da rimuovere, in quanto non è altro che il risultato di una condizione personale liberamente scelta dei soggetti che a questa unione hanno dato vita nell'esercizio di un loro diritto di libertà …, F. D'ANGELI, 2003, 21. Argomentazione questa indubbiamente non priva di una sua forza, e che tuttavia non sembra tener conto del fatto che gli «ostacoli di ordine economico e sociale» di cui parla la norma costituzionale non derivano necessariamente e solo da situazioni imposte al soggetto o comunque indipendenti dalla sua volontà, ma possono essere – come in questo caso – il risultato di modelli culturali dominanti che condizionano pesantemente il senso e la dimensione esplicativa di un comportamento pur libero].

Affermare che una regolazione giuridica del fenomeno delle *same-sex couples* possa considerarsi nell'ottica di un legittimo prolungamento, sul piano rela-

zionale, della protezione dell'identità e dell'orientamento sessuale come istanza e posizione soggettiva costituzionalmente protetta, ed escludendo perciò che si possa ipotizzare, in modo diametralmente opposto a quanto fin qui sostenuto, una violazione dei principi costituzionali e della stessa nozione di «ordine pubblico» [come invece ritenuto da F. FINOCCHIARO, 1989, 321], non significa tuttavia – almeno secondo la nostra impostazione – che questo tema possa essere posto alla stregua di un obbligo costituzionale del legislatore di prevedere questa possibilità, o di strutturarla automaticamente sul modello della relazione matrimoniale [per una diversa tesi, sostenuta con argomentazioni molto coerenti, v. M. MONTALTI, 2004, 696-697].

In parole più semplici, non credo che la Corte costituzionale potrebbe mai dichiarare illegittime la disposizioni relative al rapporto matrimoniale nella parte in cui non consentono una estensione di taluni benefici o regole alle unioni omosessuali, almeno nel senso che il Giudice costituzionale, pur rilevando una lacuna normativa rispetto ad una lettura «aperta» e innovativa del materiale costituzionale, finirebbe quasi inevitabilmente per rinviare alla scelta discrezionale del legislatore l'individuazione dei modi attraverso i quali dare seguito a questa istanza di giuridificazione.

La questione è complessa, bisogna intendersi sulle cose, sulla sostanza dei problemi, piuttosto che sui nomi, sulle «etichette» degli istituti giuridici.

La Costituzione certamente non esclude la possibilità di «giuridicizzare» tali unioni, di conferire ad esse uno statuto giuridico; la forma non può essere però, almeno per me, quella del matrimonio o dell'istituzione familiare in senso stretto.

La definizione dell'art. 29 Cost., della «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», rispecchia una scelta chiara, netta, del Costituente, alla quale corrisponde una ben precisa opzione antropologica.

Per dirla con A. Ruggeri, «il testo non sarà tutto ma non si può dire che non sia niente» [vedi anche A. PACE, 2001, 45-47].

Insomma, la Norma Fondamentale evidenzia quantomeno (e certamente) una indicazione preferenziale per la famiglia fondata sulla relazione eterosessuale, e, al suo interno, della famiglia «legittima», costruendo attorno ad essa un sistema di regole, implicazioni, effetti giuridici, che non sono tutti, almeno non allo stesso modo, pedissequamente estendibili ad altri modelli o esperienze relazionali.

Di fronte a questo quadro, l'interpretazione «evolutiva» della norma costituzionale rispetto alla trasformazione delle istanze sociali e delle dinamiche relazionali, il tentativo di giocare sulla reciproca interazione tra la nozione «generale» di formazioni sociali e la forma specifica della famiglia, possono servire a «relativizzare» l'esclusività del modello, non ad accantonarlo o a sostituirlo radicalmente, ovvero ad ampliarne indistintamente l'ambito di applicazione.

Nella direzione proposta, anziché immaginare una destrutturazione della nozione costituzionale di famiglia [come «società naturale», il che postula «che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come diritti che derivano dalla natura delle cose e non dal diritto stesso», secondo M. BIN, 2001, 9; cfr. anche M. DELL'UTRI, 2004, 995, che parla a proposito della famiglia di «normatività tradizionalmente alimentata dalla spontanea regolatività dei rapporti»], o prefigurare una semplicistica parificazione e confusione dei due modelli (affermando cioè che famiglia può essere indifferentemente più cose), appare più utile, sul presupposto che comunque l'unione omosessuale condivide alcuni aspetti essenziali dell'esperienza del matrimonio o della convivenza «eterosessuale» (vale a dire soprattutto l'*affectio* stabile e duratura), ed è pertanto (e indubbiamente) una «formazione sociale» [sulla comunità familiare come formazione sociale, v. già P. RESCIGNO, 1980, 11 ss.], ragionare sui possibili contenuti di uno statuto giuridico per questa esperienza relazionale: esito che – alla luce di quanto si è provato a sostenere – non può considerarsi contrario ai principi costituzionali.

Quanto ai profili concreti di uno statuto giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso, l'ambito principale non potrebbe che essere quello dei rapporti patrimoniali e della solidarietà (non solo economica) interna all'unione.

In pratica, una legislazione sulle unioni «civili» (omosessuali), anche solo nella forma del riconoscimento di contratti di convivenza tra persone dello stesso sesso, dovrebbe e potrebbe legittimamente occuparsi di aspetti come i permessi e le «licenze» nel rapporto di lavoro, la successione «testamentaria» (senza cioè mettere in discussione, almeno non completamente, l'ordine della successione legittima), la successione nel contratto di locazione stipulato dal *partner* deceduto, l'estensione dei titoli di preferenza normalmente riconosciuti agli appartenenti ai nuclei familiari «matrimoniali» per l'inserimento nelle graduatorie per l'assegnazione di alloggi di edilizia economica e popolare, e nelle graduatorie occupazionali, gli oneri e le agevolazioni fiscali, il risarcimento in caso di decesso dell'altro *partner* dell'unione in conseguenza di un fatto illecito, il diritto di visita in carcere o in ospedale del *partner* detenuto o malato, il coinvolgimento nelle decisioni sulle cure mediche del *partner* incapace di esprimere una sua volontà, la reversibilità del trattamento pensionistico, l'equiparazione alla categoria dei «prossimi congiunti» ai fini della non punibilità di alcuni comportamenti, ovvero (in conformità all'interpretazione già accolta dalla Corte di Assise di Torino [ordinanza 19 novembre 1993, in *L'Indice pen.*, 1994, I, 143-144, decisione commentata da V. POCAR, *ivi*, 191 ss.]) della possibilità di astenersi dal deporre ai sensi dell'art. 199 c.p.p.

Dentro questi confini, che non negano completamente la diversità inimitabile dell'istituzione familiare [cfr. anche M. IEVA, 2001, 37 ss.], il riconoscimento giuridico delle convivenze omosessuali stabili appare delinearsi come una scelta normativa costituzionalmente opportuna, o comunque non illegit-

tima [F. D'ANGELI, 2003, 70, sembra esprimere una preferenza per il modello dei patti di convivenza piuttosto che per uno statuto definito interamente dalla legge, nel quadro di una posizione che, pur ammettendo che le unioni omosessuali «costituiscono espressione dell'esercizio di un diritto inviolabile della persona qual è il diritto di libertà sessuale …», ritiene la protezione di queste forme di convivenza debba esaurirsi in una «posizione negativa di astensione da interferenze impeditive, restando esclusi altri interventi legislativi intesi ad estendere a tale fenomeno l'accesso al matrimonio e la tutela prevista per la famiglia istituzionalizzata»; secondo F. D'AGOSTINO, 1994, 77 ss., più radicalmente la convivenza omosessuale non appare meritevole di essere tutelata dal diritto, ma deve essere socialmente rispettata come relazione interpersonale].

Non sembra decisiva l'obiezione per cui l'apertura alle coppie omosessuali distruggerebbe il concetto di famiglia, aprendo anche ad altre situazioni relazionali, come ad esempio la poligamia, o le convivenze aperte, di amici e parenti [per A. D'ANGELO, 2000, 318, «l'apertura verso una soluzione eterodossa, poniamo il matrimonio omosessuale, fa tuttavia risaltare la chiusura ad altre possibili, e più estreme soluzioni. (…) diventa problematico limitare ad alcuni soltanto dei modelli alternativi la protezione della legge. Come giustificare l'esclusione, per esempio, di rapporti più ampi (poligamia), o di diversa natura (amicizia), se non, paradossalmente, rimettendo in discussione l'originaria apertura e ritornando ad un concetto chiuso di famiglia?»].

Riguardo alla poligamia [v. P. LOTTI, 2005, 121 ss.], peraltro non completamente «estromessa» dalla produzione di effetti giuridici negli ordinamenti occidentali [su alcuni orientamenti delle corti inglesi non del tutto chiusi a riconoscere in alcune ipotesi un qualche effetto giuridico ai matrimoni poligamici celebrati all'estero, v. MARTIN, 1994, 445 ss.], non si può trascurare che sullo sfondo di questo istituto c'è un problema di pari dignità tra donne e uomini, una concezione delle donne che non possiamo accettare [in termini, anche G. ROSSOLILLO, 2003, 394], al di là del fatto che in alcuni ordinamenti islamici, il matrimonio poligamico può avere persino venature solidaristiche.

Sul modello «indeterminato» delle convivenze «aperte» (amici, parenti), ha risposto bene il BVG nella sentenza che ha avallato sul piano della legittimità costituzionale la scelta legislativa del *LebensPartnerSchaft*: è una cosa diversa, ed è perciò ragionevole il diverso trattamento rispetto alle unioni omosessuali; d'altro canto, non è detto che, quando fa una scelta, il legislatore debba fare tutte quelle scelte che presentano con la prima qualche profilo di analogia insufficiente però a far scattare una questione di razionalità comparativa e di parità di trattamento. È un problema anche di forza sociale, di pressione di alcune istanze e interessi, che in un certo momento storico diventano maturi per essere riconosciuti e regolati normativamente.

## 10. *Libertà di circolazione in Europa, diritto internazionale privato, riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali*

L'opportunità di regolare giuridicamente le unioni omosessuali, nei termini in precedenza indicati, sembra rafforzata altresì dall'evoluzione della normativa europea sul tema. Non si tratta semplicemente di una generica istanza di armonizzazione alle tendenze prevalenti del diritto comunitario, o di trattare la famiglia come la cioccolata o il grano tenero [secondo la colorita ed ironica espressione di E. ROSSI, 2001, 695-696]; è un problema più delicato, che attiene alla garanzia piena ed effettiva del principio della libera circolazione delle persone e dei lavoratori nell'Unione, che è uno dei capisaldi del processo di integrazione europea.

La libertà di circolazione, soprattutto se finalizzata alla realizzazione di stabili interessi lavorativi, che sono coessenziali alla dignità e al pieno sviluppo della persona, non può non comportare una sostanziale «portabilità» di elementi fondamentali per la qualità della vita personale e relazionale degli individui, e peraltro ormai largamente diffusi nel discorso costituzionale europeo, che non sembrano rinunciabili senza comportare una diminuzione irragionevole della stessa libertà di circolazione. In altre parole, il «posso andare a vivere dove voglio» [MARZUCCHI, 2003, 861 ss.] deve poter comportare il mantenimento di quelle tutele e riconoscimenti giuridici che inverano l'istanza personalista nelle sue molteplici implicazioni.

Questo tema è stato adombrato, come si è detto, e tuttavia accantonato per motivi procedurali, nella sentenza della CJCE nel caso *D* v. *Regno di Svezia* del 2001, e richiamato altresì nella risoluzione del Parlamento europeo del 2000.

La questione è reale, e non può essere facilmente accantonata.

Certo, l'istituto familiare è strettamente collegato alle leggi nazionali (lo dice anche l'art. 12 CEDU), e quindi alle tradizioni, alla morale, alle precondizioni antropologiche delle scelte giuridiche [le leggi sulla *partnership* registrata di Danimarca, Finlandia e Svezia, ammettono a questo istituto non solo i propri cittadini, ma anche i cittadini degli Stati il cui ordinamento riconosce e disciplina modelli analoghi; v., sul punto, R. TORINO, 2004, 15-16, richiedendo semmai requisiti meno intensi della cittadinanza, come domicilio o residenza abituale negli anni precedenti alla registrazione].

Nondimeno, noi abbiamo aderito ad un sistema a unificazione «progressiva», e se continua questa tendenza del diritto europeo (inteso come diritto di produzione sovranazionale ovvero come proiezione sintetica delle dinamiche normative interne ai singoli Stati) alla tutela dell'orientamento sessuale e al riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso, diventerà difficile mantenere ancora per molto una posizione «eccentrica»,

proprio in rapporto alla necessità di assicurare condizioni omogenee di esercizio della fondamentale libertà di circolazione, a partire dalla garanzia ai cittadini «comunitari»che nel loro Paese hanno contratto una *partnership* omosessuale registrata e riconosciuta legalmente, di poter conservare anche nel nostro Paese, nel quale vivono e lavorano, le condizioni e gli effetti che nello Stato di provenienza conseguono ad un'unione civile [A. CELOTTO, 2004, 326-327].

D'altronde, una simile prospettiva interpretativa non sembra possa essere esclusa nemmeno dalle regole che connotano, nel nostro ordinamento, il sistema del «diritto internazionale privato» (legge n. 218/1995), che pure sollevano non pochi problemi e non offrono una facile soluzione a tutte le diverse situazioni che possono verificarsi nell'esperienza concreta [anche in quei Paesi, come Finlandia, Germania, Olanda, che hanno adottato norme di diritto internazionale privato dedicate al tema dei «matrimoni» omosessuali o delle *registered partnerships*; v., per una rassegna di queste ipotesi problematiche, a cominciare dalla differente condizione di due soggetti cittadini di uno Stato che non prevede alcuna disciplina delle convivenze omosessuali, i quali vanno a «formalizzare» un'unione in uno Stato diverso da quello di cittadinanza, e poi chiedono che quest'ultimo la riconosca (un fenomeno di *shopping* dei diritti), e invece di due che registrano la *partnership* dove hanno cittadinanza e domicilio, e in caso di spostamento in altro Paese chiedono che anche questo riconosca il loro status, G. ROSSOLILLO, 2003, 370-376, 385, 391, dove l'A. evidenzia come queste problematiche siano tutt'altro che meramente teoriche, essendoci già stati casi di cittadini italiani che hanno contratto all'estero un'unione o convivenza omosessuale, della quale hanno chiesto poi – finora senza esito (anzi con circolare del 26 marzo 2001, il Ministero dell'Interno ha ritenuto intrascrivibile il matrimonio omosessuale celebrato all'estero perché contrario all'ordine pubblico) – il riconoscimento nel nostro Paese].

Per un verso, il fatto che il modello delle unioni omosessuali «registrate» possa configurarsi alla stregua di un fenomeno che è compatibile con l'ordinamento costituzionale, sebbene da questo non imposto, consente di ritenere non applicabile al caso di specie la clausola limitativa dell'ordine pubblico sancita dall'art. 16 della legge n. 218/1995. Il carattere «indeterminato» della nozione di ordine pubblico, la difficoltà di ricostruirla secondo criteri univoci e stabili nel tempo e nello spazio [cfr. P. LOTTI, 2005, 10-14, e 43 ss., che qualifica il paradigma «ordine pubblico» con la metafora informatica dell'antivirus, «capace di isolare i flussi di dati giuridici organizzati (le norme) provenienti da reti straniere, potenzialmente pregiudizievoli per il funzionamento del sistema operativo interno»; Corte cost., v. 214/1983. Sulla relatività del concetto di ordine pubblico nello spazio e nel tempo, v. anche F. MOSCONI, 1996, 982, e G. LAGOMARSINO, 2002, 682], trova comunque

un punto di identificazione, sicuramente parziale ma decisivo, attorno al quadro dei principi che definiscono in modo essenziale il disegno costituzionale [per F. MOSCONI, 1996, 983, «come metro di valutazione deve adottare non già una singola norma isolatamente presa, bensì quei principi che sono da considerare di importanza fondamentale per il nostro ordinamento, considerandolo nella sua interezza e nella sua complessità, tenendo presenti i connotati economici, sociali, morali e anche politici che lo caratterizzano: connotati che spesso, ma non sempre, trovano espressione nella Carta costituzionale (…)»].

Dentro questo scenario, appare arduo ipotizzare una contrarietà all'ordine pubblico, e cioè al complesso dei principi fondamentali di rango costituzionale, di un istituto che si colloca lungo una linea di «continuità razionale» (l'espressione è presa dalla sent. *Lawrence* della U.S. *Supreme Court*) o di sviluppo costituzionalmente possibile rispetto a valori-principi di indiscutibile primarietà assiologica e giuridica, come l'identità personale (che comprende l'auto-percezione della propria sessualità), la libertà sessuale (che la nostra Corte, nella citata sent. n. 561/1987, ha qualificato come uno dei modi essenziali di espressione della personalità umana), il divieto di discriminazione per ragioni legate anche all'orientamento e alle tendenze sessuali. Analogamente, anzi *a fortiori*, se si provasse ad ipotizzare e ad elaborare una nozione di ordine pubblico comunitario [su cui v. T. BALLARINO, 1999, 306], proprio alla luce del diffuso riconoscimento di uno statuto giuridico delle coppie omosessuali nella legislazione di moltissimi Paesi europei.

Certo, il problema potrebbe non porsi allo stesso modo, e non portare alle medesime conclusioni, in rapporto ad una *partnership registered*, ovvero ad un matrimonio omosessuale «tout court», come quelli consentiti dalla legislazione olandese e belga, e dal progetto di legge spagnolo in corso di approvazione. Nel secondo caso, infatti, ci troveremmo di fronte non solo ad una «istituzione sconosciuta», ma anche direttamente contrastante con un requisito essenziale dell'istituto matrimoniale alla stregua del nostro ordinamento, vale a dire la alterità delle figure sessuali [arg. da Cass., 9 giugno 2000, n. 7877, in *Dir. eccl.*, 2000, II, 347, che a proposito del rapporto matrimoniale tra due persone di sesso diverso, parla di «realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie». In dottrina, sul punto della rilevanza delle eterosessualità come principio di ordine pubblico del matrimonio, v. G. BONILINI, 1997, 241 e 245, il quale valuta perciò come aberrante la situazione che si viene a creare in caso di trasformazione chirurgica del sesso di uno dei due coniugi, giacché il vincolo matrimoniale tra due persone (a quel punto dello stesso sesso) continua fino alla richiesta e alla pronuncia del divorzio], e questo potrebbe non essere privo di rilevanza ai fini della possibilità di riconoscimento o applicazione delle relative norme [v. G. ROSSOLILLO, 2003, 381-382 ss.; non è un caso, tornando ai tentativi in precedenza citati di «shopping» giuridico, che per

quello realizzato in Olanda con un vero e proprio matrimonio, il Ministero italiano abbia parlato di non trascrivibilità per motivi di ordine pubblico, mentre per il caso dei due italiani che avevano contratto un Pacs presso l'Ambasciata francese di Roma, il giudizio – pur sempre negativo sul piano del riconoscimento giuridico – non si è spinto ad adombrare l'utilizzabilità della clausola di sicurezza dell'art. 16, legge n. 218/1995].

Inoltre, da una diversa angolazione, resta controverso il criterio da utilizzare per qualificare le nuove forme di unione «familiare», e individuare – di conseguenza – le «norme di conflitto» applicabili a questi casi [sulle diverse posizioni della dottrina, che ha ipotizzato persino l'applicazione delle norme di conflitto in materia di «enti» o di contratti, v. l'attenta analisi critica di G. ROSSOLILLO, 2003, 382 ss., 390, che propone un intervento normativo che disciplini specificamente il tema delle unioni omosessuali nell'ambito del diritto internazionale privato].

Ad ogni modo, gli «intoppi» e le «resistenze» del sistema del diritto internazionale privato [che possono però generare alcuni paradossi, come la possibilità che un soggetto già legato ad una *partnership* registrata all'estero sia ammesso a contrarre matrimonio nell'ordinamento del foro, con qualche problema di identificazione della sua situazione relazionale (sarebbe bigamia?); sul punto, v. JESSURUN D'OLIVEIRA, 2000, 541] sono destinati a cedere, o comunque a subire il peso, quantomeno sul piano interpretativo, dell'istanza di armonizzazione legata allo spazio giuridico europeo.

L'integrazione, in altre parole, è un processo «inesauribile» nelle prospettive che apre, e ogni conquista o punto di arrivo produce – e in effetti ha sempre prodotto – nuove «ripartenze» verso ulteriori domande di omogeneizzazione normativa. In particolare quando queste domande si intrecciano con una libertà, quella di circolazione, che costituisce una delle condizioni di «pensabilità» dell'ordinamento comune europeo, e che in tutti i suoi «versanti» (merci, capitali, servizi, e, soprattutto persone-lavoratori) tende inesorabilmente verso una prospettiva sempre più consolidata di «mutuo riconoscimento» del complesso dei suoi contenuti esplicativi e «complementari» [ancora G. ROSSOLILLO, 2003, 397-398].

Di questa esigenza, sul piano specifico degli istituti «familiari», sembra ora farsi carico – almeno come indicazione procedurale, e per quello che può valere alla luce delle pesanti difficoltà che si registrano nel processo di ratifica della c.d. «Costituzione europea» – l'ultimo comma dell'art. III-269 del Trattato costituzionale europeo, secondo cui «*Il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione europea che determina gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. Esso delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo*».

## 11. *La «genitorialità» delle coppie gay: un divieto «giuridicamente ragionevole» ma «praticamente eludibile»?*

Una volta accolta come costituzionalmente opportuna (o semplicemente non impedita) l'ipotesi di trasferire parzialmente alle convivenze «registrate» tra persone dello stesso sesso alcuni schemi regolativi tipici dell'istituto familiare, resta assolutamente controverso il problema di ammettere queste coppie ai meccanismi «non naturali» della genitorialità: l'adozione, e la procreazione medicalmente assistita.

Diversamente da quanto facevano i primi modelli (quelli «scandinavi») della *partnership* omosessuale registrata, tutti sostanzialmente «chiusi» rispetto a questa possibilità, la legislazione più recente, come l'*Act Relating Civil Unions* votato dal Parlamento del Vermont nell'aprile 2000, la legge olandese, quella svedese del 6 giugno 2002, la *lov om acruding of om registeret partenerskab* danese del giugno 1999 (n. 360) (queste ultime due modificative della impostazione originaria), e il progetto di legge spagnolo, riconoscono alle coppie omosessuali civilmente unite almeno la possibilità di adottare; senza contare che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Salgueiro Da Silva Mouta* c. *Portogallo* (sent. 21 dicembre 1999) ha escluso che un orientamento (omo)sessuale possa essere sufficiente a negare un affidamento familiare [per un orientamento diverso, v. in Francia la decisione del Conseil d'Etat, 9 ottobre 1996].

Anche un progetto di legge presentato in Italia in questa legislatura non esclude che le coppie omosessuali possano vivere un'esperienza genitoriale di tipo adottivo [si veda ad es. la PdL Grillini e altri, 8 luglio 2002, n. 2982.].

Su questo profilo, la sequenza individualità/relazionalità, che ha in un certo senso portato a giustificare l'opportunità di una regolazione giuridica delle coppie omosessuali partendo dall'argomento della tutela costituzionale dell'identità sessuale come orientamento, non basta più; si interrompe, subisce una discontinuità rappresentata dal fatto che, sul piano giuridico, c'è un nuovo soggetto col quale bisogna fare i conti, il minore, la sua sfera di interessi.

Il tema della filiazione e quello del matrimonio (o dei modelli di convivenza) non si assorbono l'uno nell'altro.

Rispetto al primo, credo che la proiezione giuridica del fenomeno non possa non risentire in modo più stretto del vincolo rappresentato dalle precondizioni «naturali» della filiazione.

Il diritto non può ignorare completamente i suoi presupposti naturali. Mi rendo conto che può essere accusato di «staticità», e finanche rivelarsi contraddittorio o pericoloso [come rileva F. D'AGOSTINO, 2005, a proposito del c.d. neogiusnaturalismo libertario, con riferimento alla sessualità, all'autonomia individuale nelle fasi terminali della vita, della stessa procreazione], ripro-

porre l'idea della «naturalità» del diritto [… illustrata con argomenti convincenti da S. COTTA, 1989, 186 ss., secondo cui «la dimensione esistenziale della giuridicità ha il proprio fondamento nella natura dell'uomo, è naturale per l'uomo, è antropologicamente naturale» (189)], ma almeno in alcuni casi, quando cioè un determinato fatto può accadere *naturalmente* solo in un certo modo, la convinzione che il diritto debba essere «consapevole del concetto di natura» [E. ROSSI, 2003, 220], che non possa almeno radicalmente prescinderne in una sorta di tecnicismo senza limiti [S. COTTA, *op. ult. cit.*, 197 e 211, in cui «il diritto diventa autocontraddittorio persino etimologicamente, poiché non è (di) retto ma (dis-) torto. Un torto inflitto alla natura e alla coscienza dell'uomo»], sia ancora (o possa valere alla stregua di) un ragionevole argine argomentativo rispetto ad alcune ipotesi di regolazione giuridica che provino a ribaltare o a prevaricare questa dimensione naturale.

Per essere più chiari, la filiazione è «naturalmente»la conseguenza di una relazione eterosessuale, ancora più di quanto il matrimonio sia «naturalmente» l'unione tra persone di sesso diverso [per G. GIACOBBE, 2005, 155-156, «il modello familiare esclusivo contemplato nell'art. 29 Cost. si riconnette, in estrema sintesi, con un concetto naturalistico di bi-genitorialità»]. Questo non è un dato modificabile o revocabile in discussione: gli stessi metodi della filiazione «non naturale», vale a dire l'adozione e la fecondazione assistita, non negano questo presupposto, ma semplicemente derogano allo schema base della «filiazione naturale come prodotto della sessualità nell'ambito di una coppia eterosessuale», giacché la prima interviene quando la procreazione si è già realizzata, la seconda utilizza comunque – nelle tecniche ammesse – gli strumenti biologici della coppia uomo-donna.

Intorno a questo dato per così dire «originario», la genitorialità anche nel senso di esperienza educativa e affettiva, è stata costruita sulla doppia (dal punto di vista sessuale) figura come elemento essenziale per uno sviluppo armonico della personalità del minore in tutti i suoi aspetti, ivi compreso il processo di maturazione sessuale [così F. D'ANGELI, 2003, 22].

In questo senso, la disciplina giuridica della filiazione nell'ambito di un rapporto omosessuale sarebbe il totale travolgimento di questo presupposto naturale e antropo-ontologico della filiazione [cfr. ancora S. COTTA, 1997, 112, per il quale, significativamente, «il diritto è la seconda natura dell'uomo. Seconda: frutto riflessivo della prima, la costitutiva struttura antropo-ontologica].

Allora, non sarebbe giuridicamente contraddittorio o irragionevole che la genitorialità venga mantenuta dal diritto il più vicino possibile alla sua dimensione «naturale», che richiede imprescindibilmente una relazione etero-sessuale [diversa nelle motivazioni, ma non (ancora) nelle conclusioni, è la posizione di M. COSTANZA, 1994, 1082-1083, secondo cui «… non sarebbe discriminatorio precludere l'adozione alle coppie omosessuali, ma solo in quanto non fondate

sul matrimonio», mentre «un regime differenziato delle coppie in ragione del sesso dei suoi membri sarebbe in palese contrasto con l'art. 3 Cost.»].

E che, venendo al tema specifico, un ordinamento come il nostro, pur improntato costituzionalmente alla tutela della libertà e dell'identità sessuale anche dal punto di vista dell'orientamento, e aperto ad una disciplina giuridica delle relazioni stabili tra persone dello stesso sesso (come abbiamo provato a sostenere), rifiuti viceversa le proposte di ammettere queste coppie, sebbene «legalizzate» nelle diverse forme possibili, alla genitorialità [ritiene incostituzionale l'eventuale ammissione delle coppie gay alla genitorialità F. D'ANGELI, 2003, 22-23].

Il criterio dell'*imitatio naturae*, spesso richiamato –sebbene mai in modo rigido e assoluto – nella giurisprudenza costituzionale in tema di adozione [cfr. sentt. nn. 183/1994, 44/1990], e nella stessa normativa europea (art. 8, 3° comma, della Convenzione di Strasburgo del 1967, ratificata dall'Italia con la legge n. 357/1974) può accettare correzioni parziali, ma non una completa sconfessione.

È una risposta che mi sembra valida giuridicamente, anche se, per altro verso, non si può nascondere il fatto che sconta una inevitabile «provvisorietà»; e soprattutto, che appare esposta ad una serie di «aggiramenti» nella pratica [v. P. ZATTI, 1995, 46; e M. CHARLESWORTH, 1995, 66], almeno in quegli ordinamenti che ammettono il ricorso del singolo all'adozione (prospettiva da noi non completamente impedita, e altresì suscettibile di interventi ulteriormente «espansivi»nella valutazione della giurisprudenza costituzionale già a partire dalla sent. n. 183/1994) o alle tecniche di fecondazione artificiale [come segnalavo già in A. D'ALOIA, 2003, XXXIV-XXXV, cosa succede infatti, soprattutto alla stregua delle conclusioni della sentenza *Salgueiro*, se il singolo adottante o ammesso alla procreazione assistita decide successivamente di vivere e magari – ove possibile legalmente – di certificare un'esperienza di convivenza omosessuale? Per un caso di inseminazione artificiale da parte di una donna bergamasca che convive con un'altra donna, v. il *Corriere della Sera* del 14 aprile 2005, pagina 20; più in generale, sul fenomeno non raro nell'esperienza concreta anche del nostro Paese, della genitorialità gay, v. F. GRILLINI, 2005, 50-51; e R. TORINO, 2004, 21].

Alla fine, è vero probabilmente (e bisogna prenderne atto) che il diritto non ha soluzioni per tutti i problemi, che le innumerevoli sintesi tra fatti e norme producono spesso «fratture» non perfettamente componibili, e che soprattutto la razionalità giuridica da sola può poco, diventa un'immagine astratta, quando il discorso giuridico è incalzato in modo assorbente da quelle che chiamiamo le «precomprensioni», e che sono in effetti il quadro etico, antropologico, finanche religioso, di ciò che la Corte costituzionale ha chiamato «l'incerto mestiere del vivere» (sent. n. 494/2002), rispetto al quale ogni soluzione o ipotesi ricostruttiva non riesce mai ad essere completamente appagante e definitiva.

## *Riferimenti bibliografici*

AMBANELLI A., *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *La nuova giur. civ. comm.*, n. 1, 2001, 75 ss.

BACH-IGNASSE G., *«Familles» et homosexualités*, in D. BORRILLO (ed.), *Homosexualités et droit*, Paris, 1998.

BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, III ed., Padova, 1999.

BERTHOU K.-MASSELOT A., *La CJCE et les couples homosexuels*, in *Droit social*, n. 12, 1998, 1034 ss.

BIN M., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *LD*, 2001.

BONILINI G., *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della legge n. 164/1982*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1997.

BONINI BARALDI M., *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Olanda*, in *Famiglia. Rivista di diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2002.

BORRILLO D. (ed.), *Homosexualités et droit*, Paris, 1998.

CALIFANO L. (a cura di), *Donne e processi di decisione politica*, Torino, 2004.

CALVANO R., *Corte di giustizia*, *Cedu e transessualismo*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it*, 10 febbraio 2004.

CASSWELL D.G., *Same-sex couples: marriage vs. civil union*, *registered domestic partnerships or registered common-law relationships*, in E. CECCHERINI (ed.), *Sexual orientation in Canadian Law*, Milano, 2004.

CECCHERINI E. (ed.), *Sexual orientation in Canadian Law*, Milano, 2004.

CELOTTO A., *La libertà di contrarre matrimonio*, *fra Costituzione italiana e (progetto di) Costituzione europea: spunti di riflessione*, in *Famiglia*, 2004.

CHAMBERS D.L., *What if? The legal consequences of marriage and the legal needs of lesbian and gay male couples*, in *Michigan Law Rev.*, n. 95.

CHARLESWORTH M., *Bioethics in a liberal society*, Cambridge University Press, 1995.

COSTANZA M., *Adottare è un diritto di tutti ?*, in *Il dir. di famiglia e delle persone*, n. 3, 1994.

COTTA S., *Soggetto umano Soggetto giuridico*, Milano, 1997.

ID., *Diritto persona mondo umano*, Torino, 1989.

D'AGOSTINO F., *Il diritto naturale*, *il diritto positivo e le nuove provocazioni della bioetica*, *paper*, 2005.

ID., *Le coppie omosessuali*, *problema per i giuristi*, in *Iustitia*, 1994, 77 ss.

D'ALOIA A. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

ID., *Introduzione. I diritti come «immagini in movimento». Tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit.

ID., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

ID., *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali*, in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 1996;
D'ANGELI F., *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003;
D'ANGELO A., *La difesa del matrimonio eterosessuale negli Stati Uniti*, in *Pol. del dir.*, n. 2, 2000, 295 ss.
DELL'UTRI M., *Crisi della famiglia e pluralismo*, in *Famiglia*, 2004.
FERRANDO G., *Principi costituzionali e regole di diritto privato nella disciplina delle unioni di fatto*, in *Bioetica*, n. 1, 2005.
FERRARA G., *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, vol. II, Milano, 1974.
FINOCCHIARO F., *La legge danese 7 giugno 1989, n. 372, sulla partnership omosessuale registrata*, in *Dir. eccl.*, 1990, I.
GIACOBBE G., «*Genitorialità sociali*»*e principio di solidarietà: riflessioni critiche*, in *Dir. Famiglia*, n. 1, 2005.
GRILLINI F., *Unioni gay: storia e futuro di un diritto ancora negato*, in *Bioetica*, n. 1, 2005.
IEVA M., *I contratti di convivenza dalla legge francese alle proposte italiane*, in *RN*, 2001.
JESSURUN D'OLIVEIRA, *Registered partnerships, Pacses and private international law. Some reflections*, in *Riv. intern. dir. priv. proc.*, 2000.
LOTTI P., *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005.
LUCIANI M., *Il lavoro autonomo della prostituta*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2002, 398 ss.
MANNELLI L., *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2113 ss.
MARELLA M.R., *Il matrimonio gay sbarca sulla East coast*, in *Bioetica*, n. 1, 2005.
MARTIN, *English poligamy law and the Danish registered Partnership Act: a case for the consistent treatment of foreign polygamous marriages and danish same-sex marriages in England*, in *Cornell Int. Law Journal*, 1994.
MARZUCCHI, *Efficacia diretta del diritto comunitario di soggiorno: posso andare a vivere dove voglio?*, in *Giur. it.*, 2003.
MEYER C.A., *L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*, in D. BORRILLO (ed.), cit.
MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
MONTALTI M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. del dir.*, n. 4, 2004, 687 ss.
PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2001.
PEZZINI B., *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, n. 3, 2001, 1519 ss.
PIGNATELLI N., *La convivenza «senza matrimonio»nella giurisprudenza costituzio-*

*nale*, Relazione al Convegno dell'Associazione «Gruppo di Pisa»su «*Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*», Perugia 18 marzo 2005, *paper*, 19.

PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

POCAR V., *La non testimonianza del convivente gay*, in *L'Indice pen.*, 1994, I, 191 ss.

RESCIGNO P., *Sulla comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, C.S.M., Roma, 1980.

ROLLA G., *The Constitutional right to freely express one's lifestyle*, in E. CECCHERINI (ed.), cit.

ROSSI E., *Il diritto all'identità sessuale tra ordinamento interno ed europeo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

ID., *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2001.

ROSSOLILLO G., *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. priv. e proc.*, 2003.

THEUS BALDASSARRE R., *Svizzera: tre importanti referendum su finanze, sicurezza, e unioni tra coppie omosessuali*, in *www.federalismi.it*, 19 maggio 2005.

TORINO R., *I nuovi modelli legali di relazioni familiari nei sistemi giuridici europei*, *paper*, 2004.

VALENTI V., *Omosessualità e principio di non discriminazione. Un caso di studio: l'esperienza sudafricana*, in questo volume.

VALENTINI C., *La sentenza Lawrence v. Texas e l'interpretazione del XIV Emendamento*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2005, 189 ss.

VITUCCI P., «*Dal dì che nozze …*»*: contratto e diritto della famiglia nel pacte civil de solidarité*, in *Famiglia*, 2001.

WINTEMUTE R., *Equality principle*, *sexual orientation discrimination*, *and the Canadian Charter*, in E. CECCHERINI (ed.), cit.

ZATTI P., *Verso un diritto per la bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 1995.

# L'INTEGRAZIONE POLITICA ED ECONOMICA DEI MIGRANTI, TRA ORDINAMENTO INTERNO E PROSPETTIVE COMUNITARIE: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

*di Alessia Di Capua e Elettra Stradella* *

SOMMARIO: 1. Cittadinanza e diritti politici: una relazione dinamica. – 2. Il riconoscimento del diritto di voto per i cittadini extracomunitari: profili metodologici ed ipotesi ricostruttive. – 3. Gli *input* comunitari all'estensione dei diritti politici agli stranieri. – 4. La gestione dei flussi migratori a carattere economico. – 5. I documenti più recenti. – 6. Il dibattito in corso: l'audizione pubblica del 14-15 marzo 2005 organizzata dal Parlamento europeo. – 7. Considerazioni conclusive (…) nell'attesa del Programma d'azione della Commissione.

## 1. *Cittadinanza e diritti politici: una relazione dinamica*

Le riflessioni contenute in questo scritto, poste in chiave problematica ed alla luce degli ampi stimoli suscitati dalle discussioni che hanno animato il Seminario, nascono primariamente dall'interrogativo su quanto l'inevitabile chiusura della società – determinata dalla necessità, finalizzata al determinarsi stesso di un'identità, di creazione di una comunità di «noi», esistente proprio in quanto distinta da un «loro» [1] – possa escludere dall'appartenenza entro i suoi confini i soggetti che non si riconoscano in quell'identità fatta di tradizioni, di ideali e di fede, e chiederci se l'integrazione politica, *id est* un'operazione di coinvolgimento progressivo di tutti, indipendentemente da quell'identità, alle dinamiche della rappresentanza, su base territoriale residenziale, riuscirebbe ad attenuare quell'huntingtoniano scontro di civiltà che caratterizza ormai la società mondiale globalizzata.

---

* Il presente lavoro è frutto della collaborazione tra le autrici, Alessia Di Capua e Elettra Stradella. In particolare Elettra Stradella ha curato i paragrafi 1-3, Alessia Di Capua i paragrafi 4-7.

[1] Cfr. G. SARTORI, *Pluralismo*, *multiculturalismo ed estranei*, Milano, 2000, 43-44.

Per queste ragioni risultano tra loro saldamente connessi i profili relativi all'acquisizione della cittadinanza, riscontro strumentale della questione inerente la conservazione o meno di un «noi» escludente rispetto alle diversità culturali e spirituali, ed al riconoscimento del diritto di voto agli stranieri extracomunitari, quali orientamenti verso un'integrazione nella differenza che passi attraverso la cogestione dei beni pubblici, legittimata da una condivisione dei doveri fondata sulla comunanza nella collocazione territoriale.

Naturalmente i due punti di vista non risultano reciprocamente incompatibili, in quanto attribuire i diritti politici ad immigrati stabilmente residenti significherebbe consentire la partecipazione a decisioni incidenti su altri diritti, pensiamo alla sfera dei diritti sociali, di cui già gli stessi godono, senza per questo implicare, definendola quale *conditio sine qua non* dell'attribuzione medesima, l'inclusione in un'appartenenza *lato sensu* spirituale alla comunità di riferimento, caratterizzabile mediante il requisito della cittadinanza; d'altra parte la cittadinanza potrebbe comunque venire acquisita successivamente da parte, peraltro, di soggetti maggiormente maturi dal punto di vista «politico-sociale» poiché previamente introdotti alla vita civile della collettività per mezzo della capacità elettorale.

Prescindendo dallo studio specifico delle problematiche connesse ai suddetti profili, giova sottolineare come l'analisi del presente tema si ponga a più livelli; vale a dire che, come è ovvio aspettarsi data l'evoluzione nella distribuzione della sovranità in senso specularmente ascendente e discendente, sia l'Unione europea sia le nostre Regioni e gli Enti locali entrano nel dibattito affermando proprie competenze, tutte costituzionalmente coperte, in un dialogo che, nonostante il rischio di paralisi, può, attraverso la differenziazione interistituzionale, contribuire all'avvio di «sperimentazioni»in materia capaci di rendere meno ideologiche le posizioni, e più monitorabili i risultati.

Il problema che è stato posto da più parti è quindi duplice e doppiamente articolato: se il diritto di voto comporti necessariamente esercizio della sovranità, ovvero in alcuni casi, ed il riferimento va in particolare al voto amministrativo, non contribuendo a decisioni legislative concretamente efficaci *erga omnes* in riferimento alla comunità nazionale, non rientri nella sfera di cui all'art. 1 della nostra Carta cost., e di conseguenza quali siano le fonti gerarchicamente idonee alla regolazione di rapporti che attengano strettamente all'esercizio suddetto di sovranità, ovvero al «mero» esplicarsi della partecipazione all'organizzazione del pubblico potere su scala locale.

Una volta risolta propedeuticamente la questione relativa agli strumenti normativi, emergono però i nodi problematici di merito: sebbene infatti sembri oggi sostanzialmente generalizzata la volontà politica di estendere ai cittadini extracomunitari stabilmente residenti i diritti politici, sulla scorta di riflessioni volte a trasfigurare la nozione di cittadinanza disegnando i contorni di una nuova e diversa «cittadinanza civile», individuata esplicitamente dal

Consiglio di Tampere (15-16 ottobre 1999), contenitore di «una serie di diritti uniformi il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE» anche per i non comunitari, quali il diritto «ad ottenere la residenza, ricevere un'istruzione, esercitare un'attività in qualità di lavoratore dipendente o autonomo»nonché a vedersi garantito «il principio della non discriminazione» [2], in grado forse di costituire una fase transitoria particolarmente foriera di tutele e diritti in funzione auspicabilmente preparatoria all'acquisto della cittadinanza legale nello Stato membro di residenza [3], non si manifesta però con identiche opzioni circa i requisiti dei soggetti beneficiari di tale tipologia di diritti.

D'altra parte non soltanto le caratteristiche soggettive dei destinatari del diritto, bensì gli stessi aspetti definitori delle nozioni preliminari a qualsivoglia interrogativo sull'opportunità e la costituzionalità del riconoscimento del diritto medesimo, non trovano determinazione univoca.

Ci riferiamo ad esempio al *nomen* di cittadinanza, che non può che mutare di contenuto in relazione al valore, ed all'intensità dello stesso, che si intende dare al legame tra cittadinanza politica ed identità nazionale: nel momento in cui, in un'ottica profondamente rawlsiana secondo la quale ogni essere umano, in una «posizione originaria» di ignoranza rispetto alla società di nascita, sarebbe titolare di un diritto all'immigrazione quale diritto fondamentale di libertà, si interpreta come connaturata all'essenza stessa di un sistema democratico una situazione per cui «i detentori di diritti politici democratici coincidano con coloro che sono stabilmente soggetti a un determinato potere statale» [4], ed in tale cornice si collocano Carte costituzionali quali la *Grundgesëtsz* che, incentrandosi sui diritti dell'uomo, implica che dalla sua struttura si derivi una tutela costituzionale generalizzata a tutti i residenti [5]; d'altra parte però,

---

[2] Cfr. punto 21, conclusioni Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, cit. in B. NASCIMBENE, *Audizione alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati*, 7 aprile 2004, 90-91; per maggiori approfondimenti cfr. M. CONDINANZI-A. LANG-B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, 248 ss.

[3] Il concetto di «cittadinanza civile» emerge peraltro anche dalla Comunicazione della Commissione COM(2000) 757 «su una politica comunitaria in materia di immigrazione» che, ai punti 3.5. e 4. prevede l'eventualità di un'«offerta» di lungo periodo di «una cittadinanza civile basata sul Trattato CE e ispirata alla Carta dei diritti fondamentali, composta di un insieme di diritti e doveri riconosciuti ai cittadini di paesi terzi»; inoltre la comunicazione COM(2003) 336 su «immigrazione, integrazione e occupazione» richiama, al punto 3.3.6. il necessario ampliamento del concetto medesimo di cittadinanza civile al fine dell'attribuzione ai cittadini dei Paesi terzi di diritti analoghi a quelli dei cittadini comunitari; su questo cfr. B. NASCIMBENE, *Audizione alla I Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati*, cit.

[4] Cfr. motivazione della sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco del 31 ottobre 1990, cit. in J. HABERMAS, *Morale*, *diritto*, *politica*, Torino, 2001, 128-129.

[5] Giova ricordare che già la costituzione rivoluzionaria del 1793, all'art. 4, concernente la «condizione di cittadino», concedeva ad ogni straniero adulto, residente sul territorio francese da almeno un anno, nazionalità e diritti civili attivi.

insistendo *a contrario* sul limite posto fra gli altri da Walzer al suddetto diritto d'immigrazione, *id est* il diritto di una collettività politicamente intesa ad autoconservarsi, autotutelando la propria integrità, si ricava un nesso comunque inscindibile tra cittadinanza politica ed identità nazionale, *rectius* culturale, e si giunge ad affermare l'opportunità di politiche restrittive e dilatorie in materia di naturalizzazione oltre che di diritto d'asilo, a meno di una valutazione preventiva delle potenzialità di compenetrazione dello straniero nel tessuto culturale preesistente (un esempio è costituito dal cosiddetto test di naturalizzazione contenuto nel disegno di legge presentato dall'On. Cé ed altri, A.C. 4396, *Introduzione di un test per i cittadini stranieri che chiedono la cittadinanza*).

E così anche l'idea di sovranità che sta alla base di argomentazioni relative all'attribuzione della cittadinanza così come al riconoscimento dei diritti elettorali, influenza l'orientamento che assumeranno i ragionamenti in proposito.

Anche alla luce dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, emerge come la scelta di affermare l'«appartenenza»al popolo della sovranità, rispetto a differenti formulazioni che facessero riferimento ad un'«emanazione dal popolo» (testo elaborato dal comitato di redazione), ovvero ad una stabile, permanente incarnazione della sovranità nel popolo stesso (come nella dizione sostenuta dall'On. Lucifero per cui la sovranità «risiede nel popolo»), valga a sancire con forza il ruolo della democrazia nell'affidamento «al singolo, anche al più umile, [della] posizione di artefice del proprio destino, la funzione di formatore della volontà comune» [6].

Le ambiguità e le divergenze si creano in relazione a cosa infine si ritenga debba essere compreso tra gli strumenti preposti alla formazione della volontà comune, e quali singoli possano diventare, a tutti gli effetti, *fabri suae quisque fortunae*, se è vero che soltanto attraverso la partecipazione alla decisione comune, e la delega del potere di realizzazione della volontà a rappresentanti pur liberi da mandato imperativo, è possibile contribuire alla scelta della forma di vita propria e degli altri soggetti appartenenti alla medesima collettività.

Poiché la gestione della sovranità da parte del popolo si compie sostanzialmente nella partecipazione, intesa come essenza stessa del sistema democratico, in senso ampio comprendente ogni facoltà di penetrazione, da parte dei singoli membri della società civile, dei pubblici poteri, risulta autoevidente l'importanza svolta, ai fini della qualificazione di un'attività come manifestazione o meno di sovranità, da un'operazione di definizione dei contorni degli strumenti partecipativi che si vogliano considerare condizione necessaria e sufficiente di espressione della stessa.

Il passaggio storico che conduce da una sostanziale identificazione dell'isti-

---

[6] Cfr. C. MORTATI, *Scritti*, IV, Milano, 1972, 11, cit. in R. MORETTI, voce *Sovranità popolare*, in *Enc. dir.*, Milano, 2 ss.

tuzione della nazionalità con la nozione stessa di Stato, ad una almeno parziale scissione dei due elementi, invero caratteristica di società multiculturali e multietniche che non si attagliano del tutto ai tradizionali modelli europei, vive certamente un momento fondamentale, comune a società in cui tale transizione risulta incompiuta ed altre in cui pare maggiormente definita, nella determinazione di una nozione reale di popolo per cui i soggetti effettivamente coinvolti nella formazione della volontà comune, e quindi attivamente volti all'esercizio della sovranità, si determinano razionalmente attraverso la partecipazione all'interno dei partiti politici: la sovranità quindi deriverebbe fenomenologicamente soltanto da quella parte attiva di popolo che non subisse passivamente gli influssi e le decisioni degli organi destinati alla formazione della volontà dello Stato, ma a questi prendesse parte propositivamente, pur in un'opera di traduzione, *rectius* di sintesi, delle volontà dei singoli individui [7].

## 2. *Il riconoscimento del diritto di voto per i cittadini extracomunitari: profili metodologici ed ipotesi ricostruttive*

È quindi propriamente nella realizzazione del circuito partecipazione-cittadinanza-diritto di voto che deve essere indagata l'effettività del sistema democratico così come nella valutazione della relazione intercorrente tra status giuridico derivante dalla titolarità della cittadinanza formale e partecipazione politica alla realtà territoriale di insediamento possiamo interrogarci su quale elemento debba ritenersi logicamente precedente: dall'acquisizione della cittadinanza statuale deriverebbe la legittimazione alla partecipazione ovvero è la partecipazione materiale alla vita di una comunità ad indicare l'esistenza effettiva di un legame di cittadinanza pre-statuale dal quale non potrebbe che derivare, se ancora imprescindibile, la titolarità della cittadinanza in senso tradizionale.

Dal punto di vista metodologico i passaggi da compiersi nell'analisi delle possibilità di riconoscimento agli stranieri extracomunitari dei diritti politici sarebbero sostanzialmente tre. Innanzitutto pare necessario comprendere quali armi democratiche debbano venire ricomprese nell'alveo di quei diritti politici il cui esercizio risulterebbe direttamente volto all'attuazione della Costituzione nel suo significato più profondo di elaborazione delle linee di sviluppo del sistema democratico. In secondo luogo dovrebbe quindi essere ricavata la

[7] Si tratta d'altra parte di quella «razionalizzazione del potere» descritta da B. MIRKINE-GUETZEVICH, *Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht*, vol. VIII, fasc. II, 259 ss., cit. tra gli altri in H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, 1955, 25.

conseguente distinzione formale tra le diverse tipologie: evidentemente spetterà a fonti normative diverse regolare l'utilizzo di strumenti autonomamente finalizzati alla esplicitazione della sovranità statuale e di altri lateralmente condizionanti l'estrinsecarsi della stessa, vale a dire che la legge costituzionale dovrà intervenire soltanto negli spazi occupati dal nucleo della sovranità, sempre che il contenuto della stessa legge non rischi di scalfire i principi fondamentali del modello costituzionale predefinito, mentre sarà sufficiente la legge ordinaria per la regolazione di attività dello straniero sicuramente rientranti nella disciplina della sua condizione giuridica come richiamata dall'art. 10, 2° comma, Cost. (oltre che dall'art. 117, 2° comma, lett. *a*), come modificato dalla legge cost. n. 3/2001).

Un terzo passaggio riguarderebbe l'insiemistica della stessa fonte primaria: alla luce del mutato quadro ordinamentale prodotto dalla riforma costituzionale operata con legge cost. n. 3/2001 diviene necessario valutare il tasso di libertà proprio di altri atti normativi, in particolare gli statuti regionali e quelli comunali, per comprendere quanto, in materia di partecipazione politica diretta ma non completamente rientrante nella formazione della «volontà generale», la legge ordinaria può vedersi sottratto dalle decisioni operate a livello regionale e locale.

Prendendo le mosse dal testo costituzionale, emerge come gli strumenti di partecipazione politica riconosciuti siano l'elettorato attivo e passivo (art. 48 Cost.), la facoltà di richiedere referendum (artt. 75 e 138 Cost.), il diritto di rivolgere petizioni alle Camere (art. 50 Cost.) e il diritto all'accesso alle cariche elettive ed agli uffici pubblici (art. 51 Cost.): analizzando le singole previsioni emerge come, volendo discernere le opzioni di accesso ai diritti politici che implichino esercizio non mediato della sovranità da quelle che al contrario lo comportano, si caratterizza certamente quale tipica espressione della sovranità popolare nella sua più palese benché eccezionale manifestazione della democrazia diretta la facoltà di richiedere referendum, attraverso i quali, infatti, il soggetto va ad incidere incondizionatamente sulla volontà politica da realizzarsi, a differenza del diritto di petizione che, pur riguardante la sfera della sovranità, esplica una facoltà di rappresentazione degli interessi che non diventa coinvolgimento diretto nella decisione[8]; sul diritto di voto e l'accesso alle cariche elettive occorrerebbe invece effettuare delle doverose differenziazioni.

Se il voto alle elezioni politiche, la scelta all'interno di un collegio uninominale, determina l'elezione di un rappresentante che, anche ai sensi dell'art. 67 Cost., diviene espressione dell'intera comunità nazionale, indipendentemente dal riferimento collegiale, è vero che l'esercizio del voto all'interno di

[8] Su tali distinzioni cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Audizione presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati*, cit., 29 ss.

un comune o di una provincia dà invece luogo alla formazione di organi elettivi le cui decisioni si riflettono esclusivamente sulla popolazione territorialmente soggetta alla loro sfera di pubblico potere [9], e limitate dalla necessaria armonia con la volontà costituente e con la volontà politica espressa in alte sedi: Comune e Provincia non sono infatti dotate del potere legislativo. Parimenti, anche la disponibilità delle cariche elettive dipende essenzialmente dalla loro intrinseca «qualità», in relazione al rapporto intercorrente tra il ruolo ricoperto dal soggetto, ipoteticamente straniero, e l'incidenza dello stesso sull'esercizio della sovranità: ad esempio pare doversi escludere dalla legittima estensione ai non cittadini l'eleggibilità a sindaco, proprio per l'assunzione da parte di quest'ultimo, nello svolgimento di alcune attività, della funzione di ufficiale del Governo [10].

La distinzione tra elezioni politiche ed elezioni amministrative potrebbe apparire arbitraria alla luce della considerazione che anche comuni e province dispongono della potestà di introdurre, attraverso statuti e regolamenti, norme costitutive dell'ordinamento giuridico, nonché in seguito ad una recente pronuncia in cui la Corte, proprio in riguardo alla sovranità, esprimendosi a favore della esclusività del *nomen* «Parlamento» in riferimento all'organo rappresentativo nazionale, non utilizzabile per la designazione delle assemblee legislative regionali, afferma che «il legame Parlamento-sovranità popolare costituisce inconfutabilmente un portato dei principi democratico-rappresentativi, ma non descrive i termini di una relazione di identità, sicché la tesi per la quale, secondo la nostra Costituzione, nel Parlamento si risolverebbe, in sostanza, la sovranità popolare, senza che le autonomie territoriali concorrano a plasmarne l'essenza, non può essere condivisa nella sua assolutezza» [11]. D'altra parte, un'interpretazione corretta del principio di sussidiarietà conduce a ritenere la rappresentanza locale non quale momento politico del tutto equiparato a quello della rappresentanza nazionale, quanto piuttosto fase differenziata di gestione del potere: tentando una sorta di applicazione soggettiva del principio stesso acquisirebbe quindi maggiore significato la definizione di cerchie

---

[9] Come afferma C. Schmitt, infatti, «la volontà della maggioranza degli elettori di un collegio vale quindi, non solo come volontà degli elettori o cittadini di questo collegio, vinti e non votanti, ma anche come volontà di tutti gli altri cittadini dello Stato con o senza diritto di voto. Ogni altra configurazione è impossibile poiché essa rende il collegio un territorio autonomo ed abolisce la unità politica», in *Teoria della Costituzione*, Milano, 1976, 314; questo non accadrebbe invece nelle realtà locali in cui la partecipazione del popolo perderebbe il connotato dell'unità politica, a favore di una forma di partecipazione del corpo elettorale in qualità di una totalità non omogenea, e soprattutto non riflettente la nazione.

[10] Si pensi in particolare al ruolo del Sindaco nella tenuta dei registri anagrafici.

[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 106/2002, punto 3, cons. dir.; per le ripercussioni della sentenza sulla materia qui in esame cfr. P. FALZEA, *Memoria per l'Audizione presso la I Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati*, cit., 109 ss.

distinte di individui legittimati alla partecipazione politica relativamente al livello sul quale la stessa si colloca; il potere pubblico locale necessiterebbe l'apertura ad un intervento sulla formazione del suo indirizzo politico-amministrativo più ampia rispetto alla collettività dei cittadini, quindi riferita alla comunità dei residenti [12].

D'altra parte, se definiamo l'autonomia normativa come «il potere attribuito ad enti non sovrani di emanare norme giuridiche equiparate alle norme dell'ente sovrano» [13], allora, in base ad un'argomentazione *ex adverso*, dobbiamo concludere che l'ente locale, dotato di autonomia normativa, non realizza attività ricompresa nell'esercizio di sovranità, e quindi che la partecipazione al voto locale non costituisce un contributo alla realizzazione della sovranità [14]; considerazione questa che si pone in perfetta coerenza con un'analisi complessiva della partecipazione consultiva consentita, anzi tendenzialmente promossa, a livello locale degli stranieri [15]: se il cittadino extracomunitario possiede gli strumenti sufficienti alla produzione di un effettivo contributo nella formazione della decisione politico-amministrativa dell'ente di riferimento, non si comprende quindi perché non possa entrare nella sua disponibilità l'unico mezzo che gli può consentire di sanzionare politicamente l'ente medesimo, cioè il diritto di voto. Se poi al contrario valutiamo in concreto l'effettività della partecipazione consultiva, evidenziando la sua solo parziale rispondenza a-

---

[12] Peraltro mi pare insufficiente, ai fini della totale equiparazione del voto amministrativo al voto politico nazionale, il richiamo all'art. 114 Cost., come modificato dalla legge cost. n. 3/2001: la letterale equiparazione delle componenti costituenti la Repubblica, infatti, oltre a costituire, come da più parti rilevato, un'enunciazione prevalentemente assiologica, non comporta necessariamente l'identità a livello di «invasività politica» delle decisioni promananti dagli enti considerati, quanto piuttosto il rapporto di complementarietà tra i medesimi nella definizione delle scelte che, complessivamente considerate, determinano il tessuto normativo e funzionale della Repubblica.

[13] Cfr. M.S. GIANNINI, voce *Autonomia*, in *Enc. dir.*, Milano, 356.

[14] Sulle argomentazioni relative al carattere di non sovranità dell'autonomia degli enti locali, cfr. L. MELICA, *La partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale*, in *Regione e governo locale*, gennaio-aprile 1995, 72 ss.

[15] L'articolo 8, 5° comma, del testo unico della disciplina degli enti locali, d.lgs. n. 267/2000, e i numerosi statuti comunali che hanno introdotto esperienze di partecipazione consultiva degli immigrati, tra cui vale ricordare quelle sviluppate a Roma, Torino, Firenze, Bologna, Perugia, Venezia, Modena, Nonantola, Piazzola sul Brenta, Mogliano Veneto, Suzzarra, Fermo, Jesi e Mazzara del Vallo, individuano una forma di partecipazione politica degli stranieri extracomunitari potenzialmente in grado di consentire loro un'integrazione più profonda nel tessuto sociale del territorio di residenza; circa l'effettività di tali strumenti cfr. in particolare CNEL, ORGANISMO NAZIONALE DI COORDINAMENTO PER LE POLITICHE DI INTEGRAZIONE SOCIALE DEGLI STRANIERI, *La rappresentanza diffusa. Le forme di partecipazione degli immigrati alla vita collettiva*, Roma, 2000, *e Promozione della rappresentanza e partecipazione*, Roma, 2000; G.F. SCARSELLI, *Una legge misconosciuta sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica*, in *Quad. cost.*, 2000, fasc. 3.

gli obiettivi di piena integrazione dei soggetti stranieri, allora dobbiamo ritenere ancor più grave la mancanza di partecipazione in un contesto nel quale alla *taxation* non corrisponde parallela *representation*, in particolar modo alla luce del nuovo art. 119 Cost. e del progressivo rafforzamento del cosiddetto federalismo fiscale.

Posto che il voto amministrativo non contribuisce alla formazione della volontà politica nazionale, risulta quindi del tutto ammissibile a favore dei cittadini stranieri, indipendentemente dal loro grado di avvicinamento al solo eventuale traguardo del conseguimento della cittadinanza, il riconoscimento della capacità elettorale a livello comunale e provinciale; ulteriori problemi sembrano però porsi per quanto attiene alle elezioni per i Consigli regionali.

Il nuovo testo dell'art. 117 Cost., infatti, individua al primo comma una perfetta corrispondenza tra la potestà legislativa dello Stato e quella delle Regioni, limitata esclusivamente dal rispetto della Costituzione, e dai vincoli derivanti dagli obblighi comunitari ed internazionali; peraltro alle Regioni spetta un potere normativo residuale, vale a dire su tutte le materie che il 2° comma dell'art. 117 non riserva espressamente allo Stato, il cui raggio d'azione materiale potrebbe eventualmente superare quello statale; peraltro nel caso in cui la riforma pseudofederale recentemente approvata in prima deliberazione approdasse ad un sistema bicamerale in cui il Senato, «camera delle regioni», fosse composto da una rappresentanza indiretta delle regioni stesse, e contemporaneamente decidesse in ultima istanza delle proposte di legge rientranti in materie appartenenti alla potestà concorrente di Stato e Regioni, il voto alle elezioni regionali potrebbe essere considerato a tutti gli effetti strumento di partecipazione all'esercizio della sovranità, in quanto i rappresentanti scelti dalla popolazione regionale concorrerebbero alla determinazione di norme efficaci sull'intero territorio regionale, e valide quali disposizioni incarnanti i principi uniformatori delle diverse normative regionali.

D'altra parte, *de jure condito*, non pare di immediata riconoscibilità l'impossibilità di ricondurre anche il voto regionale alla suddetta tipologia di suffragio amministrativo, considerando il suo riflesso territorialmente limitato. È però vero che un altro elemento, per così dire esterno, potrebbe intervenire nel senso di una esclusione del diritto di voto regionale in favore degli immigrati, *id est* il principio di uguaglianza in riferimento ai cittadini stranieri comunitari, per i quali è prevista soltanto la capacità elettorale in ambito comunale, circoscrizionale ed europeo.

Volendo accomunare la posizione differenziata di stranieri extracomunitari e stranieri comunitari, bisognerebbe quindi, uniformemente a quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 1992, in particolare ai sensi del capitolo C della stessa, concedere il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni locali, intendendosi come tali, poste le evidente differenze intraordinamentali tra Paesi membri, quelle indicate nel d.lgs. 12 aprile 1996, n. 197, attuativo della di-

rettiva 19 dicembre 1994, n. 94/80/CE ed aggiungendosi al bacino della capacità elettorale dell'extracomunitario quelle indicate nel decreto legge del 21 febbraio 1994, n. 128, di attuazione della direttiva 6 dicembre 1993, n. 93/109/CE: elezioni comunali e circoscrizionali ed elezioni europee.

## 3. *Gli* input *comunitari all'estensione dei diritti politici agli stranieri*

Proprio il riferimento alla Convenzione di Strasburgo risulta ai nostri fini fondamentale per constatare come dall'Unione europea siano già in passato giunti stimoli forti ed assolutamente univoci tendenti alla promozione di un'integrazione che passi attraverso il riconoscimento dei diritti politici: infatti il capitolo C della fonte suddetta, collocandosi in una posizione materialmente e forse logicamente successiva alle previsioni contenute nei primi due capitoli della Convenzione relativi sostanzialmente alle libertà democratiche di associazione ed espressione, sottolinea il necessario *climax* ascendente di intensità nell'apertura alla partecipazione politica dei soggetti stranieri individuando la titolarità del diritto di voto alle elezioni amministrative ed europee quale strumento indispensabile per l'effettiva integrazione dei cittadini extracomunitari nel tessuto socio-politico dello Stato con il quale comunque hanno instaurato una relazione di cittadinanza civica fondata essenzialmente sullo *jus loci*, e quindi sulla condivisione del territorio nelle sue diverse declinazioni.

È evidente come l'esistenza della Convenzione di Strasburgo possa sostanzialmente risolvere il dibattito interno nel senso della necessità, seppure non giuridica certamente *lato sensu* politica, del riconoscimento dei diritti elettorali in capo agli immigrati residenti ed in possesso dei requisiti richiesti dalla Convenzione medesima, posto che proprio la mancata ratifica da parte del nostro Paese del capitolo C ha determinato l'aprirsi di una grave lacuna democratica nella quale hanno trovato spazio anche affermazioni non del tutto fondate, e continuerà a trovarne se si considera che, tra le numerose proposte di legge relative al riconoscimento del diritto di voto agli stranieri extracomunitari attualmente giacenti in Parlamento soltanto una individua quale passaggio formale per il riconoscimento stesso quello della ratifica del capitolo C della Convenzione di Strasburgo del 1992, ratificata dall'Italia nel 1994 con esplicita esclusione di tale capitolo [16].

[16] La proposta è quella del sen. MALABARBA, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale, fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992, limitatamente al capitolo C*, A.S. 326, che peraltro risulta essere l'unica proposta, oltre a quella di *Modifica all'articolo 9 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, in materia di concessione della*

Peraltro l'Unione europea, oltre che attraverso la Convenzione di Strasburgo, ha più volte operato al fine di una omogeneizzazione delle politiche degli Stati membri in materia di immigrazione, dalla risoluzione del Parlamento europeo (A5-0224/2003) del 2003 sulla comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento stesso relativa ad un metodo aperto di coordinamento della politica comunitaria in materia di immigrazione (COM(2001) 387; C5-0337/2002; 2002/2181(COS)) fino alla direttiva n. 2003/109 del Consiglio europeo, approvata il 25 novembre, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo dalla quale proviene una chiara indicazione circa l'importanza, anche strumentale, di un'effettiva integrazione in quanto «elemento cardine per la promozione della coesione economica e sociale, obiettivo fondamentale della Comunità enunciato nel trattato» (art. 4).

La scelta di accostare, in questo scritto, l'analisi dell'evoluzione nel processo di riconoscimento dei diritti politici con quella, svolta nella seconda parte, delle prospettive di realizzazione di un'integrazione economico-sociale dei migranti, oltre che dal respiro comunitario, a nostro avviso imprescindibile, che la caratterizza, deriva certamente dalla volontà di comprendere il rapporto stesso che lega il godimento dei diritti politici e di partecipazione al fine dell'integrazione economico-sociale.

Pare infatti opportuno stimolare una riflessione sulla relazione, non soltanto o non necessariamente gerarchica, tra le tipologie di diritti individuate, in particolare alla luce degli interventi qui e successivamente descritti, non tanto per definire la prevalenza delle une rispetto alle altre, quanto piuttosto per sottolineare come le prospettive di integrazione enucleate nella parte seconda del contributo non possano e non debbano ridursi ad un mero tentativo di potenziamento del grado europeo di inclusione a livello economico, privo di un reale riscontro nei termini della realizzazione di una vera «democrazia integrante».

Considerare il livello di riconoscimento dei diritti politici e di partecipazione politica quali «figure sintomatiche» dello stato di integrazione ma ad un contempo quali condizioni necessarie dell'integrazione medesima significa infatti optare per un'interpretazione tendente a valorizzare il ruolo assunto, in una moderna società della comunicazione, della trasparenza e del dialogo istituzioni-società, dalla partecipazione politica dei singoli, indipendentemente dal legame formale che li unisca allo Stato di residenza, in quanto soggetti titolari di diritti direttamente derivanti dal rapporto materiale instaurato con il territorio in cui vivono ed operano; quanto detto senza negare, come richiamato nella parte seconda del lavoro, il prioritario obiettivo della previsione di adeguate misure antidiscriminatorie ad ogni livello.

---

*cittadinanza*, A.C. 4327, che non prevede l'utilizzo della revisione costituzionale per l'introduzione del diritto di voto amministrativo per i cittadini extracomunitari.

## 4. *La gestione dei flussi migratori a carattere economico*

Il Consiglio europeo di Salonicco del giugno 2003 ha costituito l'ennesima occasione, a livello europeo, per il rilancio dell'idea di una politica comune in materia di immigrazione così come già prospettata nel precedente vertice di Tampere [17] dell'ottobre 1999 e confermata, almeno nelle parole, nei Consigli di Laeken del dicembre 2001 e di Siviglia della primavera 2002 [18]. Nel documento conclusivo del vertice di Salonicco si trovano almeno due indicazioni di grande importanza a riguardo: l'invito a elaborare «una politica comune in materia di immigrazione clandestina, frontiere esterne, rimpatrio dei clandestini e cooperazione con i paesi terzi», nonché il proposito di sviluppare «a livello di Unione europea, [...] una politica di integrazione dei cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente nel suo territorio» [19]. In tutte le occasioni è stata espressa l'esigenza di affrontare il fenomeno con un approccio quanto più generale possibile, che tenga conto dei diversi aspetti che lo caratterizzano.

Tali dichiarazioni di principio trovano il loro fondamento giuridico in primo luogo nell'art. 2 del Trattato di Amsterdam, secondo cui tra gli obiettivi vi sarebbe anche quello di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima»; secondariamente, nel Titolo IV della versione consolidata del TCE «Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse

[17] Si è trattato di una riunione straordinaria del Consiglio europeo dedicata alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea, occasione nel corso della quale, tra gli altri obiettivi, si è sostenuto anche quello dell'elaborazione da parte dell'Unione di «politiche comuni in materia di asilo e immigrazione, considerando nello stesso tempo l'esigenza di un controllo coerente alle frontiere esterne per arrestare l'immigrazione clandestina e combattere coloro che la organizzano commettendo i reati internazionali ad essa collegati». Tali politiche comuni, si è precisato, «devono basarsi su principi che siano chiari per i nostri cittadini Voffrano allo stesso tempo garanzie per coloro che cercano protezione o accesso nell'Unione europea». Consiglio europeo di Tampere, 15-16 giugno 1999 – Conclusioni della Presidenza, documento reperibile sul sito *www.ue.eu.int*.

[18] Nel Consiglio di Laeken del 14-15 dicembre 2001, in particolare, si auspica la creazione di «una vera politica comune di asilo e di immigrazione» (Conclusioni della Presidenza, in *www.ue.eu.int*), mentre dal Consiglio di Siviglia del 21-22 giugno 2002 emerge con forza la volontà di «accelerare l'attuazione, in tutti i suoi aspetti, del programma adottato a Tampere ai fini della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea» e pertanto di «sviluppare una politica comune dell'Unione europea sulle questioni, distinte ma strettamente legate, dell'asilo e dell'immigrazione» (Conclusioni della Presidenza, in *www.ue.eu.int*).

[19] Conclusioni della Presidenza – Consiglio europeo di Salonicco, 19-20 giugno 2003, in *www.ue.eu.int*.

con la libera circolazione delle persone», e in particolare nell'art. 63, per cui «il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 67, entro un periodo di cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam adotta: 1) misure in materia di asilo [...]; 2) misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati [...]; 3) misure in materia di politica dell'immigrazione [...]; 4) misure che definiscono con quali diritti e a quali condizioni i cittadini di paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro possono soggiornare in altri Stati membri».

Dal giugno 2003 a oggi si deve senza dubbio rilevare un crescendo di iniziative, da parte delle istituzioni europee, su diversi aspetti riconducibili al più generale tema delle migrazioni, tale da indurre a iniziare a parlare di una politica europea in materia. È, tuttavia, altrettanto vero – come si dirà in seguito – che gli impegni e le azioni intraprese, seppure riconducibili a un unico generale argomento, quello dei fenomeni migratori, sono ancora piuttosto slegate fra loro e ineriscono ad aspetti talvolta non omogenei, ingenerando una certa confusione non solo tra i non «addetti ai lavori».

Partendo da questa duplice premessa, ossia che dal 2003 la «macchina europea» si è rimessa in moto dopo un periodo di stasi e che le iniziative in corso sono diverse e variegate (occupandosi ciascuna di uno o più dei moltissimi aspetti connessi), si proveranno a riassumere i passi salienti del percorso che si sta delineando, attraverso l'analisi dei documenti più importanti, e a descrivere in modo sintetico lo stato del dibattito, specialmente in seno al Parlamento europeo. Non prima, però, di aver precisato che cosa si intenda per migrazioni a carattere economico – così da circoscrivere l'argomento in oggetto – ossia flussi di cittadini dei paesi terzi che giungono nell'Unione europea con lo scopo di inserirsi nel mercato del lavoro. Sebbene questi flussi non siano che una parte, neppure maggioritaria, del fenomeno migratorio, si tratta di un angolo di visuale privilegiato per indagarne non tanto le cause, quanto le risposte delle istituzioni europee e le reazioni del popolo europeo, con un interesse mirato ai principi fondamentali e specialmente al principio di eguaglianza e al principio di non discriminazione. L'obiettivo è di aprire una finestra sull'Unione europea, come contributo alla riflessione condotta nel corso del Seminario.

## 5. *I documenti più recenti*

Dal 1999 sono state approvate alcune direttive comunitarie volte all'armonizzazione delle normative degli Stati membri in alcuni specifici settori, quali, tra gli altri, il diritto al ricongiungimento familiare, i soggiorni di lungo periodo, il titolo di soggiorno per le vittime dell'immigrazione illegale e della tratta

di esseri umani [20]. Non è stato al momento raggiunto, invece, un accordo sulla proposta di direttiva circa l'ammissione dei cittadini di paesi terzi a fini lavorativi [21].

Se si considera come momento iniziale di una rinnovata attenzione da parte dell'Unione europea ai problemi connessi ai flussi migratori l'anno 2003, è certamente nel 2004 e nei primi mesi del 2005 che sono stati presentati molti documenti di varia natura, cui sono pertanto connessi diversi ordini di effetti, accomunati tuttavia dal medesimo obiettivo: affrontare il problema (*rectius* i problemi) migratorio in ottica europea.

In ordine cronologico, atti di un certo rilievo sono due comunicazioni della Commissione, la prima volta a illustrare i risultati di uno «Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale» richiesto dal Consiglio europeo di Salonicco [22] (COMM(2004)0412), la seconda concernente la «Prima relazione annuale sulla migrazione e l'integrazione» (COMM(2004)0508), predisposta su invito rivolto dal Consiglio nella medesima occasione e già preannunciata nella prima comunicazione.

Lo studio presenta all'inizio un quadro riassuntivo delle soluzioni adottate dagli Stati per la gestione della migrazione legale (specialmente per quanto concerne l'ammissione dei cittadini extracomunitari, regolata dalla normativa degli Stati membri), approfondisce poi le relazioni tra flussi migratori legali e illegali e i rapporti con i paesi terzi, e si conclude con una riflessione sulle prospettive future. Tra i molti temi trattati si fa cenno, per esempio, oltre che alla regolamentazione numerica degli ammessi e alle misure di regolarizzazione, agli accordi bilaterali sulla mano d'opera, strumenti tra i più utilizzati da diversi Stati, così come ai visti, di competenza comunitaria a far data dall'entrata in vigore del TUE. Quanto poi alla migrazione illegale, la Commissione ritiene che la sua riduzione sia «una priorità politica a livello nazionale e comunitario», sebbene occorra «riconoscere che in certa misura [essa] continuerà ad esistere indipendentemente dai canali legali a disposizione». Infine, dopo la precisazione circa la «mancanza di dati affidabili e raffrontabili a livello UE», come pure «l'esigenza di ricorrere con maggiore frequenza e in modo più mirato a procedure di consultazione e scambio di informazioni» [23], l'attenzione si concentra sulla risposta da dare alla domanda se «l'ammissione di migranti

---

[20] Rispettivamente direttive 22 settembre 2003, n. 2003/86/CE, 25 novembre 2003, n. 2003/109/CE, e 16 marzo 2004, ECOMM(2002)71.

[21] COMM(2001)386 «Condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo».

[22] Nelle Conclusioni si esprime l'esigenza di «ricercare mezzi legali per l'ingresso di cittadini di paesi terzi nell'Unione, in considerazione delle capacità ricettive degli Stati membri, nell'ambito di una cooperazione rafforzata con i paesi di origine», in *www.ue.eu.int*.

[23] A tale proposito si veda l'attività del gruppo di lavoro *ad hoc* del Consiglio CIRSFI.

per motivi economici [debba] essere disciplinata a livello comunitario» e quali ne debbano essere i contenuti [24].

Obiettivo della (prima) relazione annuale, invece, è di esaminare le tendenze migratorie in Europa, valutandone i cambiamenti, e di descrivere «le misure relative all'ammissione e all'integrazione degli immigrati tanto a livello nazionale quanto europeo». Si evidenzia, soprattutto, l'analisi che la Commissione propone della situazione degli immigrati sul mercato del lavoro, che offre interessanti spunti di riflessione. In sintesi, analizzando i principali fattori [25], da una parte il calo demografico della popolazione europea e dall'altra la costante tendenza all'aumento dei flussi migratori verso l'Europa, e considerando che tra il 1997 e il 2002 gli immigrati hanno contribuito al 22% della crescita occupazionale, la Commissione passa a esaminare gli aspetti economici e finanziari, le politiche di ammissione e quelle di integrazione. Sono stati individuati, nello specifico, alcuni elementi su cui focalizzare l'attenzione: l'accesso all'occupazione, il miglioramento delle competenze linguistiche e l'insegnamento dell'educazione civica, la partecipazione al processo decisionale, la fornitura di alloggi e servizi e la lotta alla discriminazione e al razzismo. Si dà rilievo, inoltre, alla necessità di migliorare il sistema informativo, di predisporre un adeguato supporto finanziario [26] alle azioni in oggetto, di intensificare il dialogo con i paesi terzi, nonché all'urgenza di riflettere sulla capacità di individuare le carenze di mano d'opera e sulla valutazione delle competenze e qualifiche degli immigrati.

Se tali comunicazioni hanno il merito di aver dato vigore al dibattito, non vi è dubbio che il «Libro verde sull'approccio dell'Unione europea alla gestione della migrazione economica» [27] presentato dalla Commissione nel gennaio 2005 e già anticipato nei due documenti sia stato atteso con una certa ap-

---

[24] La Commissione propone, tra l'altro, un approccio comune alle misure di regolarizzazione, un invito agli Stati membri a rafforzare l'integrazione dei migranti extracomunitari nella società e nel mercato del lavoro, di facilitare la loro mobilità all'interno dell'UE, nonché di inasprire la lotta contro la migrazione illegale e di definire una politica di rimpatrio comunitaria. Ancora, la Commissione suggerisce di rafforzare la cooperazione con i paesi di origine e di transito, di rafforzare il sistema di raccolta e scambio di informazioni e di migliorare il sistema dei visti.

[25] Si legge nelle conclusioni che «la relazione conferma la centralità del ruolo che l'immigrazione continua a svolgere nello sviluppo economico e sociale dell'Unione europea», perché «sullo sfondo dell'invecchiamento e della contrazione della popolazione in età lavorativa, l'aumento dei flussi migratori si annuncia sempre più necessario per rispondere alle esigenze dell'Unione allargata», pertanto «l'Europa deve prepararsi a questa realtà», in *www.ue.eu.int*.

[26] Per quanto concerne gli strumenti finanziari, sono già disponibili finanziamenti tramite il Fondo sociale europeo, l'iniziativa EQUAL, il Fondo europeo per i rifugiati e diversi programmi di azione europea. Nella proposta della Commissione per le prossime prospettive finanziarie 2007/2013 sarebbero previsti maggiorni finanziamenti.

[27] COM(2004)811, in *www.europarl.eu.int*.

prensione e quindi accolto con grande interesse. Già dalle prime pagine è immediatamente percepibile la finalità del documento, vale a dire di «avviare un dibattito approfondito, con la partecipazione delle istituzioni dell'UE, degli Stati membri e della società civile, sulla forma più appropriata che dovrebbe avere la normativa comunitaria in materia di ammissione di migranti per motivi economici e sul valore aggiunto di questa disciplina comune», ed è poi nel prosieguo che si affrontano diversi aspetti di dettaglio e che si evidenziano alcuni nodi problematici centrali [28].

La riflessione della Commissione muove da alcuni presupposti, tra cui il calo della popolazione europea in età attiva (nel periodo 2010-2030 si stima una riduzione degli occupati di circa 20 milioni), cui consegue la necessità di «sempre maggiori flussi migratori per far fronte alle esigenze del mercato del lavoro dell'UE e per garantire prosperità all'Europa», pur nella consapevolezza che «l'immigrazione in sé non [rappresenta] una soluzione al problema dell'invecchiamento demografico». A ciò si aggiunga la constatazione secondo cui «in mancanza di criteri comuni relativi all'ammissione di migranti economici, il numero di cittadini di paesi terzi che entrano illegalmente [...] è destinato ad aumentare», sebbene la Commissione riconosca «che le decisioni relative al numero dei migranti in cerca di occupazione da ammettere sono di competenza degli Stati membri». Altri elementi da tenere in considerazione sono che le decisioni assunte da uno Stato membro sono comunque destinate ad avere effetti anche negli altri Stati membri (conseguenza della libera circolazione all'interno dell'UE, dell'accordo di Schengen, ecc.), come pure il fatto che l'UE abbia particolari accordi da rispettare con alcuni paesi terzi da cui originano flussi di immigrati. La Commissione, in sostanza, si pone alcune domande e prova a proporre prime risposte, talvolta anche avanzando più soluzioni e opzioni nei confronti dei nodi problematici individuati, senza pretesa di trovare soluzioni definitive ma volendo solo stimolare il dibattito.

Tra i punti considerati si segnalano il tema dell'armonizzazione della normativa, in ordine al quale la Commissione prospetta un graduale passaggio da quella nazionale a quella comunitaria (che potrebbe avere un approccio orizzontale o piuttosto settoriale), la questione delle procedure di ammissione per l'occupazione retribuita, proponendo di mantenere i principi della prova della necessità economica e della «preferenza comunitaria» e di individuare sistemi di selezione a livello UE, nonché la previsione di requisiti armonizzati per ammettere cittadini di paesi terzi per quanto concerne il lavoro autonomo. Ancora, tra le intenzioni vi sarebbe anche quella di predisporre una procedura unica per consegnare a chi lo richieda, se in regola con i requisiti, un permesso combinato di lavoro e di soggiorno (da correlare con il visto d'ingresso quan-

[28] Si legge ancora che il Libro verde mira a «individuare le principali problematiche ed eventuali opzioni per una disciplina legislativa comunitaria in materia di migrazione economica».

do e se inevitabile). Particolarmente importante è l'aspetto dei diritti, circa i quali il suggerimento è di definire in modo certo lo *status* giuridico per i migranti sia temporanei sia non, come pure quello di residenti di lungo periodo. A ciò si collega il tema delle misure di accompagnamento: dovranno essere pensate tutte quelle azioni atte a garantire un più alto livello di integrazione, a consentire il rimpatrio laddove necessario, e a stabilire la massima cooperazione con i paesi di origine e di transito (fornire informazioni sulle condizioni di ingresso e soggiorno e creare banche dati, approntare centri di assunzione e formazione nei paesi d'origine, agevolare il trasferimento delle rimesse, eventualmente concedere trattamenti preferenziali per cittadini di alcuni paesi nell'ambito di specifici accordi, programmi di inserimento comprendenti formazione linguistica, educazione civica e informazione).

Una prima reazione, se non dal punto di vista temporale quanto a importanza, è giunta da parte del Parlamento europeo la cui commissione per le libertà civili, giustizia e affari interni ha elaborato una relazione e una proposta di risoluzione (2004/2137(INI)) «sulle connessioni tra migrazione legale e illegale e l'integrazione dei migranti», con l'autorizzazione della Conferenza dei Presidenti ai sensi dell'art. 45 Reg. Del progetto di relazione si segnalano alcuni punti tra i molti affrontati; il Parlamento in primo luogo «insiste sulla necessità di adottare, in materia di immigrazione, un approccio globale e coerente imperniato su strette sinergie fra le varie politiche coinvolte e deplora l'approccio europeo, spesso troppo settoriale», suggerendo un criterio trasversale che abbracci tutti gli ambiti della politica estera dell'Unione (aiuti allo sviluppo e partenariati economici «per affrontare alla radice le cause dell'immigrazione»). Quanto agli strumenti, poi, il Parlamento rileva la necessità di una buona rete informativa, di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne, di una politica europea di rimpatrio rispettosa, della lotta contro l'immigrazione clandestina e contro la tratta di esseri umani, di una formazione nei paesi di origine antecedente la partenza. Agli Stati membri, in particolare, il documento si rivolge a proposito dello strumento della regolarizzazione di massa – che «deve mantenere un carattere eccezionale e unico» – e dei permessi di soggiorno e di lavoro combinati, che possano facilitare l'assunzione di lavoratori temporanei e assicurare il loro effettivo rientro in patria, nonché per invitarli a organizzare i canali legali dell'immigrazione in funzione della loro capacità di ricezione, eventualmente elaborando quote per settore di attività. Infine, anche il Parlamento ritiene essenziale completare tali azioni con misure di accompagnamento efficaci e impegnarsi maggiormente nella lotta contro le discriminazioni, il razzismo e la xenofobia, ritenuta «una componente primordiale della politica di integrazione» [29]. Ancora, preme porre l'accento su un ul-

[29] A ciò segue un'ulteriore invito agli Stati membri ad adottare quanto prima le direttive nn. 2000/43/CE – che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente

teriore aspetto, rilevato dalla commissione per lo sviluppo nel suo parere alla relazione in oggetto, ossia un invito, rivolto alla Commissione, ad «avviare una campagna attiva di informazione nei paesi dell'UE per evidenziare gli effetti positivi dell'immigrazione e per sostenere gli sforzi di integrazione dei migranti nel paese ospitante» [30].

## 6. *Il dibattito in corso: l'audizione pubblica del 14-15 marzo 2005 organizzata dal Parlamento europeo*

Nel marzo 2005 la commissione per le libertà civili, giustizia e affari interni e la commissione per lo sviluppo hanno organizzato un'audizione pubblica, intitolata «Migration, Integration and Development: Towards a European Policy? », relativamente al progetto di relazione in esame, e, più in generale, per consentire un ampio dibattito sui molti temi connessi [31]. Sono le parole conclusive del relatore, l'on. Gaubert, a riassumerne i punti salienti, dalle quali emerge, in sintesi, l'importanza di non affrontare il tema dell'immigrazione dalla sola prospettiva di quella clandestina, perché visione eccessivamente negativa, ma di porre in essere una strategia in due fasi: in un primo momento occorre dunque «*s'accorder sur des normes minimales d'entrée et de sortie sur le territoire européen, espace sans frontière*» per, poi, avviare più efficacemente «*une politique active de lutte contre l'immigration illégale*». Non potendosi però soffermare su tutti i temi trattati, veramente moltissimi in due giorni di lavori, pare più utile in questa sede concentrarsi su alcuni soltanto di essi, individuati come prioritari.

Aspetto ritenuto fondamentale è, innanzi tutto, quello delle cause dei flussi migratori, che risiedono in alcune condizioni specifiche, quali l'estrema povertà, le carenze economiche e le difficoltà di sviluppo, che caratterizzano le realtà dei paesi di origine dei flussi, come pure l'insicurezza, la paura, la violenza, o ancora la volontà di realizzarsi in un contesto diverso, sentimenti che influiscono sulle scelte dei potenziali migranti. Su tale fronte vi è accordo nel ritenere indispensabile un forte impegno da parte dell'UE e degli Stati membri (accordi di partenariato, sostegno allo sviluppo dei paesi d'origine, riduzione

dalla razza e dall'origine etnica – e 2000/78/CE – che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

[30] 2004/2137(INI) in *www.europarl.eu.int*.

[31] L'obiettivo dell'audizione, si legge nel programma, è «to have an overview on the EU's current policy towards management of migration flows, both at Community level and at the level of Member States, and to discuss further developments in this area», in *www.europarl.eu.int*.

della fuga di competenze o sostegno al loro rientro e reimpiego, aiuti umanitari e anche programmi di co-sviluppo).

Molti interventi hanno segnalato l'importanza del tema in generale, dimostrata anche dal fatto che questo sia tra i punti principali delle campagne elettorali in molti Stati, prova, quindi, della sua capacità di mobilitare i cittadini. Tale mobilitazione fa leva principalmente nel senso d'insicurezza nella vita quotidiana e nella paura di una crescente disoccupazione (sebbene gli esperti confermino che nel giro di pochi anni la mancanza di mano d'opera si farà sentire sul mercato europeo). L'attenzione al tema, inoltre, è stata sicuramente rafforzata, hanno rilevato molti, in relazione alla minaccia terroristica e agli effetti delle politiche antiterroristiche che spesso, negli ultimi anni, anche per il fatto di essere caratterizzate dall'urgenza, hanno avuto e stanno avendo ricadute sulle scelte in tema di immigrazione.

Vi è stato un sostanziale accordo nel ritenere imprescindibile affrontare i temi dell'immigrazione e quelli dello sviluppo in una prospettiva sinergica, senza dimenticare l'integrazione. Non si è trascurato, poi, di fare cenno agli effetti che l'immigrazione economica produce nelle società dei paesi ospitanti e sulle loro istituzioni, per esempio gli enti regionali e locali, che svolgono un ruolo chiave non ultimo per quanto concerne i servizi. Si sono fatti cenni, ovviamente, agli aspetti finanziari, da una parte considerando come la migrazione economica sia positiva per lo specifico contesto europeo (in termini sia di crescita economica che di aumento del gettito fiscale), dall'altra valutando la necessità di gestire meglio le rimesse, pensando a strumenti per diminuire i tassi di transazione, in particolare, e per incoraggiare l'utilizzo di queste somme con lo scopo di contribuire allo sviluppo dei paesi di origine. Ancora, si è sostenuto di favorire le migrazioni temporali, ossia di trasformare quanto più possibile le «fughe» in movimenti circolari (azioni per facilitare la mobilità, per trasferire conoscenze, per sostenere gli investimenti nei paesi d'origine, come pure semplificazioni amministrative, forme di tutela delle differenze culturali, ecc.). Con riferimento, invece, agli immigrati che si stabiliscono definitivamente nei paesi d'accoglienza, l'obiettivo dovrebbe essere quello di trasformarli in futuri cittadini a pieno titolo, qualcuno arrivando a parlare di naturalizzazione. Ed è a tale proposito che si tocca uno dei temi cruciali, molto dibattuto anche in Italia, quello dei diritti da garantire agli immigrati residenti di lungo periodo, appunto, ma anche a quelli temporanei. Un aiuto in tal senso potrebbe essere offerto dalla carta di Nizza che indirizza alcuni dei diritti ricompresi nel Titolo «Cittadinanza» «a chiunque faccia parte stabilmente della collettività, indipendentemente dallo status di cittadino europeo [32]. Non bisogna mai dimenticare, nonostante si parli di migrazioni di tipo economico,

[32] Cfr. relazione di C. Salazar.

che l'«oggetto» in questo caso non è una merce ma persone, esseri umani e per di più soggetti «deboli»[33]. Molto interessante, per esempio, l'approccio proposto dal rappresentante dell'ILO, ossia di predisporre misure antidiscriminatorie prima ancora di pensare a strumenti di integrazione, perché «discrimination prevents integration»[34], e di garantire pari trattamento ai lavoratori migranti e nazionali, ma soprattutto di riconoscere i diritti umani «*to all migrants*, *regardless of status*». Sempre nel campo delle discriminazioni, un discorso a parte deve essere fatto per il caso dei cittadini dei nuovi Stati membri che al momento risultano discriminati rispetto ai cittadini europei degli altri Stati membri perché non godono ancora della piena libertà di circolazione. Altro aspetto analizzato è quello dei centri di accoglienza predisposti in alcuni paesi di destinazione dei flussi, e anche in Italia, in ordine ai quali si è da più parti sostenuto come in essi si siano registrate ripetute violazioni dei diritti umani (detenzione amministrativa, mancanza di controlli, situazioni degradanti), pur riconoscendosi le difficoltà connesse alla situazione specifica. Emerge, inoltre, l'importanza di prevedere adeguate misure sociali e, non ultimo, il riconoscimento dei diritti politici o per lo meno il diritto di voto nelle elezioni amministrative dopo qualche anno (ci sono già esperienze in tal senso), obiettivo difficile ma che «nel tempo – parole di un deputato – sarà un progresso della democrazia».

La posizione del Comitato economico e sociale, esposta da un suo rappresentante, per esempio, prevede un pacchetto di misure adatte alle varie fasi, che comprenda strumenti di prima accoglienza (consulenza, informazioni), di integrazione (pari trattamento nel lavoro, accesso all'insegnamento in condizioni non discriminatorie, integrazione in ambito urbano, accesso all'assistenza sanitaria), di lotta alla xenofobia e al razzismo, di inserimento politico (riconoscimento diritti politici). Per il Consiglio, il ministro degli esteri lussemburghese Schmit ha sottolineato la necessità di proseguire nell'analisi comune, che è solo agli inizi, e di ragionare nell'ottica della creazione di uno spazio comune di solidarietà oltre che di libertà, pur riconoscendo le molte difficoltà riconducibili principalmente al fatto che il mercato del lavoro è ancora in gran parte una questione nazionale e come tale produce esigenze in parte differenti nei diversi Stati. Egli ha inoltre affermato che, sebbene pure le politiche di integrazione siano di competenza nazionale, il Consiglio e il Parlamento debba-

[33] Cfr. relazione di L. Azzena.

[34] L'intervento di P.A. Taran, Senior Migration Specialist, dell'International Labour Office, prosegue poi precisando che «*to ensure the relavanche of anti-discrimination law for non-national migrant workers as well as ethnic minorities, nationality, colour, religion, "*race*" and ethnic origin should be amongst the grounds for discrimination covered in the legislation*». Taran conclude affermando che gli «*efforts of the European Parliament to urge a structured, comprehensive European migration policy merits strong support*», in *www.europarl.eu.int*.

no in ogni modo impegnarsi, anche in termini di stanziamenti di maggiori fondi, per contribuire al raggiungimento di un obiettivo che è, appunto, comune alle istituzioni europee e agli Stati membri.

Dal dibattito è emersa, in sostanza, ancora una certa impreparazione della popolazione europea cui si dovrebbe far fronte principalmente coltivando la «cultura della tolleranza dell'altro» [35].

La discussione è poi proseguita in una sede più tecnica, ovverosia la riunione della commissione per le libertà civili, giustizia e affari interni del 31 marzo, in vista della votazione del rapporto Gaubert. Cinque sono i punti più importanti affrontati. In primo luogo si è parlato della cooperazione con i paesi terzi e degli accordi di partenariato, ritenuti strumento indispensabile per ridurre le cause dei flussi. Poi, si è trattato di immigrazione illegale, sostenendo la necessità di una efficace cooperazione giudiziaria e di polizia, di un arsenale repressivo severo per chi appoggia il lavoro in nero, di porre in essere efficaci misure contro la tratta di esseri umani e di limitare le regolarizzazioni. Quanto all'immigrazione legale, invece, servono sia strumenti per individuare con certezza le esigenze europee di mano d'opera sia procedure per il rilascio di permessi di soggiorno/lavoro per periodi stabiliti, al termine dei quali deve essere garantito il rientro. Con riferimento alle politiche di integrazione, ancora, di competenza nazionale, si è sostenuta in ogni caso l'esigenza di un coordinamento tra le scelte nazionali. Infine, si è sollevato il tema dell'asilo, in ordine al quale si è fatto cenno a scenari talvolta drammatici.

Si è registrato un consenso pressoché unanime su taluni punti, come l'esigenza di comunitarizzare quanto più possibile il fenomeno dell'immigrazione e armonizzare le politiche nazionali e anche i referenti per ogni stato membro, attualmente spesso istituzioni di grado diverso che a volte hanno difficoltà di comunicazione. Non sono tuttavia mancati spunti critici talora anche molto «forti», tra i quali ultimi merita fare cenno a interventi contrari alla scelta di un approccio settoriale, legato al solo mercato del lavoro (qualcuno ha sostenuto sia «un modo pericoloso e indegno di affrontare il problema»), alla creazione di centri di accoglienza all'estero [36] (perché incoerenti con la clausola dei diritti umani e perché trasferiscono i problemi ai paesi di origine) e a favore dell'utilizzo delle regolarizzazioni di massa. Come risposta alla critica all'approccio economico, forse la più grave, il relatore Gaubert, in conclusione del dibattito, ha giustificato la scelta precisando che all'origine del problema

[35] Secondo quanto sostenuto nel suo intervento dal professor Nadif, Università di Rabat.

[36] Anche in una Raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio e al Consiglio europeo sul futuro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nonché sulle condizioni per rafforzarne la legittimità e l'efficacia (2004/2175(INI)) si legge che «non si dovrebbero prevedere campi per rifugiati all'esterno dell'Unione in quanto comportano un palese rischio di violazione dei diritti umani», in *www.europarl.eu.int*.

non vi è tanto l'esigenza di mano d'opera dell'Europa, peraltro sentita, quanto la richiesta degli immigrati di essere accolti attratti dal grado di benessere europeo. Partendo da questa prospettiva, risulta certamente più motivato il bisogno di indicare le disponibilità del mercato del lavoro europeo, in modo da accogliere nel modo migliore possibile chi faccia richiesta. Sono al momento in esame presso la medesima commissione parlamentare anche altri dossier aventi a oggetto temi prossimi a quello dell'immigrazione, che si elencano senza poterne tuttavia trattare i dettagli: in primo luogo, il rapporto Coelho sull'istituzione di un modello uniforme per i visti e per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi (CNS/2003/0217) e il rapporto Peillon sulle procedure d'ammissione dei ricercatori di paesi terzi (COD/2004/0063); ancora, il progetto di decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni nella lotta contro il terrorismo e altre forme di crimini (CNS/2004/812, relatore Duquesne) e, inoltre, la relazione Lax sulla proposta di regolamento del Consiglio recante modifiche al regolamento (CE) n. 539/2001 in relazione al meccanismo di reciprocità dei visti; infine, merita segnalare la relazione Cashman sul manuale di regole per la gestione dei movimenti di persone alle frontiere, in merito alla quale la commissione parlamentare ha organizzato il 30 marzo 2005 un seminario intitolato, appunto, «Frontiere», in cui il tema dell'immigrazione è stato più volte richiamato.

## 7. *Considerazioni conclusive (...) nell'attesa del Programma di azione della Commissione*

Da questa rapida panoramica delle azioni che l'Unione europea sta intraprendendo in materia di immigrazione emerge prima di tutto un nuovo atteggiamento, che dovrebbe condurre a un approccio veramente generale per un problema che è molto complesso e che taglia trasversalmente la maggior parte delle politiche europee. C'è tuttora, però, qualche ostacolo da superare specialmente di natura «politica», dovendosi registrare da una parte che politiche nazionali in materia sono ancora assenti o quantomeno incomplete nella maggior parte dei casi e che vi sono richieste di intervento dell'Unione europea da parte di molti degli Stati stessi, ma nel contempo che gli Stati membri sono ancora riluttanti ad accettare un politica comune e gli effetti che essa può comportare, in termini di limitazione della sovranità nazionale[37]. Tale situazione sembra in gran parte dettata dall'assenza di una chiara ripartizione dei ruoli.

[37] Competenze sovrane che talvolta il Parlamento europeo definisce un «alibi [...] che spesso dissimula riflessi corporativistici», *ibidem*.

Nell'attesa della prossima ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, può essere intanto utile provare a leggerne gli articoli connessi, come proposto da alcuni, per anticipare in qualche modo la sua entrata in vigore, e come invece rigettato da altri, in quanto puro esercizio teorico [38]. Se i secondi non si cimentano nell'interpretare il trattato costituzionale, tra i primi, vi è chi non ha mancato, a proposito del tema in oggetto, di accennare ad almeno due dei principi espressi, in particolare quelli della non discriminazione e della solidarietà, che lo stesso trattato costituzionale, è bene sottolineare, considera sia come valori sia come obiettivi cui deve mirare l'Unione europea. Per quel che concerne, più nello specifico, la politica europea in materia di realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'art. III-257 stabilisce che l'Unione «sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi», che «si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di contrasto della criminalità, del razzismo e della xenofobia». Da segnalare, ovviamente, che per l'approvazione degli atti legislativi nelle materie di competenza dell'Unione, il Trattato costituzionale stabilisce l'utilizzo del procedimento ordinario *ex* art. III-396, ossia dell'attuale procedura di codecisione, che vede Consiglio e Parlamento pressoché eguagliati nei loro poteri legislativi. Su un tema, ritengono alcuni, il trattato costituzionale avrebbe potuto spingersi di più – offrendo così uno strumento per il superamento dei problemi di integrazione dei migranti negli Stati europei – quello, cioè, del concetto di cittadinanza, se si fosse previsto come era stato proposto da alcuni, di consentirne l'acquisto da parte dei migranti in base a determinati criteri. In tale ambito si potrebbe pensare per esempio a una interpretazione delle norme sulla cittadinanza europea che consenta di andare verso quanto proposto da G. Brunelli, ossia di «ammorbidire» gradualmente i criteri di attribuzione [39].

Per concludere, si richiama il Libro verde della Commissione, che termina con un auspicio – affinché il sistema che scaturirà da questa riflessione sia «trasparente, non burocratico, pienamente operativo e [agisca] nell'interesse di tutte le parti in causa: migranti, paesi d'origine e paesi d'accoglienza» – e un impegno, al termine del processo di consultazione, a presentare «entro il 2005, come previsto dal programma dell'Aia, un programma politico in materia di

[38] Sempre nella medesima raccomandazione, a tal proposito, si legge che sarebbe bene «decidere, conformemente allo spirito della Costituzione e degli accordi già intervenuti per l'attuazione del Trattato di Nizza, il passaggio alla procedura di codecisione, il ricorso alla maggioranza qualificata in seno al Consiglio e l'estensione del controllo della Corte nei settori dell'SLSG, in primo luogo per le misure in materia di immigrazione e in secondo luogo, per le misure legate alla lotta contro il terrorismo e la criminalità internazionale».

[39] Cfr. anche, a tale proposito, la relazione di L. Ronchetti.

migrazione legale che includa procedure di ammissione». È nel programma dell'Aia [40] infatti – documento approvato con l'obiettivo «di migliorare la capacità comune dell'Unione e dei suoi Stati membri di garantire i diritti fondamentali, le garanzie procedurali minime e l'accesso alla giustizia per fornire protezione alle persone che ne hanno bisogno ai sensi della convenzione di Ginevra sui rifugiati e di altri trattati internazionali, regolare i flussi migratori e controllare le frontiere esterne dell'Unione» [41] – che è contenuta la richiesta del Consiglio alla Commissione di proporre un piano di azioni che ne «concretizzi gli obiettivi e le priorità».

Cresce dunque l'attesa per il piano di azioni promesso e per i suoi contenuti, perché si ritiene esso accluderà molte delle risposte ai quesiti che si sono posti nel dibattito e che emergono dai problemi del quotidiano, nei confronti dei quali, al momento, sono state proposte soluzioni talora anche molto differenti e non sempre ben conciliabili. Una sintesi, allora, risulta essere quanto mai necessaria. Il Presidente della Commissione Barroso, in occasione del primo incontro parlamentare sulla Strategia di Lisbona (Parlamento europeo, 16-17 marzo 2005), non solo pare aver confermato con forza l'impegno assunto dall'istituzione, ma lo ha addirittura legato al rilancio della stessa Strategia, che costituirà uno dei più importanti sforzi del suo programma per i prossimi anni. A tal proposito si veda anche la Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo di Primavera (COM (2005)24), in cui, ancora, si sostiene che, «face à la réduction de la main-d'œuvre, nous avons besoin d'une approche bien développée de la migration légale» e che «la Commission présentera, avant la fin de l'année 2005, un plan fondé sur la consultation publique actuellement en cours». Anche il Parlamento europeo, per parte sua, nella sessione plenaria del 7-10 marzo ha approvato una risoluzione in seguito alle dichiarazioni del Consiglio e della Commissione sulla revisione a metà percorso della Strategia, in cui sostiene «che l'immigrazione legale abbia un ruolo importante nel miglioramento dell'economia basata sulla conoscenza in Europa nonché nella promozione dello sviluppo economico» [42].

Il 2005 comincia con buone premesse per essere un anno di svolta in materia di politica europea di immigrazione, considerato l'impegno dimostrato dal-

---

[40] Si tratta di un piano pluriennale scaturito dal Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004.

[41] L'obiettivo completo prevede altresì «combattere la criminalità organizzata transfrontaliera e reprimere la minaccia del terrorismo, realizzare il potenziale dell'Europol e dell'Eurojust, proseguire nel riconoscimento reciproco delle decisioni e degli atti giudiziari in materia sia civile che penale ed eliminare gli ostacoli giuridici e giudiziari nelle controversie in materia civile e di diritto di famiglia con implicazioni transfrontaliere». Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 4-5 novembre 2004, in *www.europarl.eu.int*.

[42] Risoluzione del Parlamento europeo sulla revisione a metà percorso della Strategia di Lisbona (B6-0186/2005), in *www.europarl.eu.int*.

le diverse istituzioni, sempre però che ci sia da parte degli Stati membri non solo collaborazione nell'attuare la normativa, ma anche una assunzione di responsabilità per fare ciascuno la propria parte al fine di gestire nel migliore dei modi possibile un problema che coinvolge e coinvolgerà tutti negli anni a venire.

# LA COSTITUZIONE NAZIONALE «DEBOLE»? TRATTATO COSTITUZIONALE EUROPEO E CARTE DEGLI STATI MEMBRI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE FRANCESE E SPAGNOLA

*di Francesco Duranti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *décision* 19 novembre 2004, n. 2004-505 DC del *Conseil constitutionnel* francese. – 3. La *declaración* 13 dicembre 2004, n. 1/2004 del *Tribunal Constitucional* spagnolo. – 4. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

Con la stipula del «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» [1], siglato a Roma il 29 ottobre 2004 dai rappresentanti delle 25 Alte Parti contraenti, prende avvio una nuova fase del processo di integrazione europea [2].

---

[1] Ratificato in Italia con legge 7 aprile 2005, n. 57 (in *G.U.* 21 aprile 2005, n. 70/L), rubricata «Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004» ed *ivi* integralmente consultabile.

[2] Secondo la classificazione recentemente proposta da R. ARNOLD, *La Constitución Europea en el proceso de integración europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, julio-diciembre 2004 – *La Constitución Europea (I)*, in *www.ugr.es/~redce* (aprile 2005), la stipula (e la successiva ratifica) del Trattato costituzionale segna la quarta fase del percorso sovranazionale europeo. La prima fase – marcata dal cd. «compromesso di Lussemburgo» – giunge sino al finire degli anni settenta del secolo scorso ed è caratterizzata da un «*impulso fuertemente supraconstitucional*», mentre la seconda tappa – dal 1970 alla metà degli anni ottanta – coincide con il consolidamento istituzionale e con le prime elezioni dirette del Parlamento europeo. Infine, la terza fase – che va dalla metà degli anni ottanta ad oggi – è segnata da una «*reforma continua*» con tre finalità principali: 1) la «*europeización geográfica*»; 2) il rafforzamento dell'Unione economica e la creazione dell'Unione monetaria; 3) il consolidamento del carattere sovranazionale unito all'adozione di meccanismi che consentono una maggiore flessibilità nel processo d'integrazione. Sul procedimento di elaborazione del Trattato costituzionale cfr., tra gli altri, J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2ª ed., 2004; AA.VV. (a cura di F. BASSANINI-

Senza entrare nel merito di un dibattito scientifico particolarmente denso e stimolante (che non può, ovviamente, essere compiutamente sviluppato in questa sede), detto processo d'integrazione sembra progressivamente incamminarsi verso una «lenta costituzionalizzazione di un'architettura nata su un piano esclusivamente internazionalistico» [3], la quale determina, com'è ampiamente noto, l'emergere di tutta una serie di complesse questioni, tra le quali, primariamente, quella dei rapporti tra diritto costituzionale nazionale e diritto costituzionale europeo [4].

In questa prospettiva, appare, infatti, di particolare rilievo l'inserimento, nel Trattato costituzionale, della disposizione di cui all'art. I-6, rubricata «Diritto dell'Unione», la quale espressamente prevede che «la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri» [5].

Si apre, perciò, la delicata tematica della compatibilità di questa norma con le Costituzioni nazionali, considerato che – seppur recepimento normativo di un'acquisizione giurisprudenziale ormai risalente nel tempo – la *primauté* del diritto dell'Unione risulta ora (*rectius*, risulterà, a partire dalla ratifica di tutti gli Stati contraenti e, quindi, dalla successiva entrata in vigore del Trattato, *ex* art. IV-447, 2° comma, del medesimo testo) espressamente «costituzionalizzata» nel nuovo diritto primario europeo [6].

---

G. TIBERI), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004 e G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.

[3] Così, efficacemente, G. AMATO, *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, in *www.costituzionalismo.it* (fasc. n. 3/2004 – marzo 2005). Sulle evoluzioni del costituzionalismo nell'Unione europea, cfr. anche J. SHAW, *Europe's Constitutional Future*, in *Public Law*, 2005, 132 ss. (spec. 140-141). Di processo di costituzionalizzazione e di «*spill-over* costituzionale» parla ora F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, 1.

[4] Di diritto costituzionale europeo ragiona, da tempo, P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, (ora nell'edizione) 2005; nella dottrina italiana, tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002. Sul lungo (e travagliato) percorso di costituzionalizzazione dell'Unione europea – che certamente non si concluderà con l'eventuale ratifica del Trattato costituzionale – e sul concetto di ordinamento costituzionale senza Costituzione e senza Stato, cfr., spec., I. PERNICE-F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in AA.VV. (a cura di G. ZAGREBELSKY), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, 45. Di particolare interesse è, infine, l'efficace analisi proposta da P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2002, 455 ss.

[5] Sulla primazia «da intendere come prevalenza in sede di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello interno», ed, in generale, sui principi costituzionali dell'Unione, v. ora il brillante contributo di A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it* (n. 6, 2005, marzo 2005).

[6] Sulla questione dei rapporti tra l'ordinamento giuridico sovranazionale e quelli nazionali a seguito del Trattato costituzionale, cfr. anche V. CERULLI GIRELLI-F. PIZZETTI, *I rapporti tra*

Appaiono, dunque, al riguardo, particolarmente significative le pronunce – rese in sede di controllo preventivo di costituzionalità sul Trattato costituzionale europeo, secondo quanto prevedono, in proposito, le rispettive Carte fondamentali – degli organi di giustizia costituzionale francese e spagnolo [7], anche al fine di verificare se, in effetti, quell'opera di «ricucitura, che faccia volgere le Carte, l'europea come la nazionale, e gli ordinamenti sulle stesse fondati, gli uni verso gli altri, nell'intento di realizzare la più intensa tutela, alle condizioni date, dei diritti fondamentali» [8], possa avere qualche reale possibilità di effettiva realizzazione.

## 2. *La* décision *19 novembre 2004, n. 2004-505 DC del* Conseil constitutionnel *francese*

Cominciando dall'analisi della decisione del *Conseil constitutionnel*, deve subito rilevarsi che le istituzioni della V Repubblica si sono mosse con notevole celerità in relazione al nuovo Trattato costituzionale europeo.

Con *saisine* ai sensi (e per gli effetti) dell'art. 54 Cost. – presentata lo stesso giorno della firma del Trattato – il Presidente della Repubblica ha, infatti, immediatamente chiesto al *Conseil* di pronunciarsi sulla questione della necessità o meno d'una previa revisione della Costituzione, onde poter consentire la ratifica con legge del predetto, importante (quanto atteso), nuovo patto comunitario.

Sì che la decisione dei nove giudici di *Palais Montpensier* – n. 2004-505 DC [9] – è stata, di conseguenza, altrettanto rapidamente, pubblicata il successi-

---

*ordinamento dell'Unione europea e ordinamento interno*, in AA.VV. (a cura di F. BASSANINI-G. TIBERI), *La Costituzione europea. Un primo commento*, cit., 263 ss.

[7] Pare opportuno segnalare che il *Bundesverfassungsgericht* tedesco s'è anch'esso recentemente pronunciato in materia – *BvefG* 2 Bv e 1/05 del 28 aprile 2005 (in *www.federalismi.it*, n. 9, 2005 – maggio 2005, ove è anche possibile reperire il testo del progetto di legge di autorizzazione alla ratifica) – ma solo sulla questione relativa ad un ricorso per conflitto di attribuzioni (e contemporanea *Verfassungsbeschwerde*) promossi da un deputato dell'opposizione avverso la decisione del *Bundestag* di procedere, nelle sedute del 12-13 maggio 2005, alla ratifica parlamentare del Trattato costituzionale: ricorsi, in ogni caso, dichiarati entrambi inammissibili in camera di consiglio, senza alcuna valutazione nel merito dei rapporti tra Trattato *e Grundgesetz*.

[8] Come auspica A. RUGGERI nella sua *Presentazione* agli Atti del Seminario raccolti in questo volume. Sul tema cfr. anche gli scritti raccolti in AA.VV. (a cura di A. D'ATENA-P.F. GROSSI), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004 e S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Trattato costituzionale*, in *www.astrid-online.it*, aprile 2005.

[9] Pubblicata in *JORF* 24 novembre 2004, 1985.

vo 19 novembre 2004 (peraltro, ampiamente entro lo *spatium deliberandi* di 30 giorni concesso al *Conseil* dalla Costituzione).

Il giudice costituzionale francese s'è preoccupato, innanzitutto, di chiarire definitivamente (almeno per ciò che riguarda l'ordinamento d'oltralpe) la questione della natura dell'atto sottoposto al suo sindacato, affermando – con il consueto, «asciutto», stile argomentativo – che il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» é, appunto, un Trattato internazionale – stipulato sulla base di un accordo di diritto pubblico internazionale tra gli Stati appartenenti all'ordinamento giuridico comunitario, il quale risulta «*intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international*» (*Cons.* n. 11) – e non già la Carta costituzionale di una (inesistente, nella ricostruzione del *Conseil*) federazione di Stati membri (di qualsivoglia specie essa sia). Ciò deriva, secondo il *Conseil*, da: a) le norme relative all'entrata in vigore; b) le procedure di revisione; c) la possibilità di denuncia del Trattato; senza che, a questo riguardo, possa in alcun modo influire la «*dénomination de ce nouveau traité*», in quanto, ai sensi dell'art. I-5 di detto accordo, l'impiego del termine «Costituzione», «*est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne*» (*Cons.* n. 10).

Ora, non è certo questa la sede idonea a dirimere il delicato problema della natura giuridica del Trattato costituzionale [10]: pare, però, necessario rilevare che l'analisi appare, quantomeno, «sbrigativa» nel suo percorso motivazionale, ed indirizzata, soprattutto, a riaffermare la posizione apicale della Costituzione nazionale nell'ambito dell'ordinamento interno, piuttosto che a cogliere in profondità la complessità e l'originalità del *Sonderweg* costituzionale sovranazionale [11]. È del tutto assente, infatti, qualsiasi accenno alla particolare configurazione del nuovo Trattato europeo ed alla sua duplice natura, di «Costituzione che vuole essere scritta per il cittadino (…) e di trattato che ha l'ambizione di consolidare i principi e i valori già acquisiti dai trattati che esso sostituisce» [12], limitandosi il *Conseil* ad una mera esegesi nominalistico-definitoria,

---

[10] Ritenuto, a ragione, «uno dei più teorici ed astratti» da M. CARTABIA, *La ratifica del trattato costituzionale europeo e la volontà degli Stati membri*, in *www.forumcostituzionale.it* (novembre 2004). Sull'ambigua natura del nuovo Trattato, cfr. anche, da ultimo, G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, in corso di pubblicazione in «*Identità europea e Tutela dei Diritti. Costituzione per l'Europa e interesse Nazionale*», Atti del Seminario della Fondazione Magna Carta, Roma 14 marzo 2005, Soveria Mannelli, 2005 (reperibile anche in *www.forumcostituzionale.it*, maggio 2005); e P. PASSAGLIA, *La problematica qualificazione dell'atto*, in AA.VV., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Foro it.*, V, 2005, 4 ss.

[11] Sul quale, con la consueta brillantezza, cfr. J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in AA.VV. (a cura di G. ZAGREBELSKY), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003, 22 ss.

[12] J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, cit., 71. Nello stesso senso anche G. AMATO, *Il Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, cit., il quale riconosce che «questa

ovvero a considerare che la «*dénomination de ce nouveau traité*» poco aggiunge al suo carattere di puro e semplice accordo internazionale (quasi da considerarsi – viene da pensare – alla stessa stregua di un Trattato in materia di regolamentazione della pesca nelle acque internazionali!): un po» troppo poco, a mio avviso, potendo (e, credo, dovendo) attenderci ben altro approfondimento interpretativo, su questo punto, da un organo di giustizia costituzionale che si confronta con un testo di tale complessità e portata [13].

Il *Conseil* cerca, poi, di trovare conforto alla sua affermazione di principio sulla natura del Trattato costituzionale anche dalla questione della *primauté* del diritto dell'Unione rispetto al diritto degli Stati membri (il ricordato art. I-6 del Trattato costituzionale): anche in questo caso – sostiene il *Conseil* – nulla è cambiato rispetto all'assetto previgente, dovendo considerarsi l'articolo in parola, che si occupa di stabilire, per la prima volta espressamente, tale primazia (della Costituzione europea e del diritto derivato) quale pura e semplice consolidazione normativa d'un principio – ormai risalente nel tempo (a partire dalla «celebre» decisione *Costa/ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64) – elaborato (e confermato a più riprese) dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo [14].

Di talché, l'art. I-6 (letto in combinato disposto con il precedente art. I-5 [15] «ne modifie ni la nature de l'*Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union*» (*Cons*. n. 13).

Nell'ottica della decisione, infatti, la *primauté* del diritto comunitario risulta essere un'esigenza costituzionalmente già accolta all'esito della revisione dell'art. 88-1 Cost. operata nel 1992, sì che l'art. I-6 del nuovo Trattato non introduce alcuna nuova gerarchia di norme nell'ordinamento costituzionale francese [16].

---

vicenda europea è segnata fin dall'origine dall'aggettivo "ibrido" dell'ermafroditismo», ove convivono «cromosomi femminili (quelli della Costituzione) accanto a quelli maschili (quelli del Trattato)».

[13] Cfr. anche le considerazioni critiche, sul punto, esposte da J. ROUX, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe à l'épreuve de la Constitution française*, in *Revue de droit public*, 2005, 68.

[14] Da ultimo con la decisione 11 gennaio 2000, causa C-285/98 *Tanja Kreil*, analizzata diffusamente da S. GAMBINO, *Diritto costituzionale comparato ed europeo. Lezioni*, Milano, 2004, 110-111.

[15] Il quale, rubricato «Relazioni tra l'Unione e gli Stati membri», prevede – al 1° comma – che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti alla Costituzione e la loro identità nazionale, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale».

[16] In quanto «*la primauté ne serait donc pas une règle de supériorité induisant une nouvelle hiérarchie des normes*, *mais une règle de conflict applicable dans le seule hypothèses de contradic-*

Sulla *primauté*, è, però, il giudice costituzionale ad aver detto (e a dire) qualcosa di nuovo per l'ordinamento francese: com'è noto, con una serie di decisioni del 2004 (nn. 2004-496 DC del 10 giugno 2004; 2004-497 DC del 1° luglio 2004; 2004-498 DC e 2004-499 DC, entrambe del 29 luglio 2004) – riconfermate (in quanto richiamate) espressamente da quella in commento – il *Conseil* ha statuito che il diritto comunitario derivato non incontra limiti giuridici di sorta nella normativa nazionale, anche di livello costituzionale – e, dunque, prevale nei confronti di questa, anche grazie alla copertura costituzionale fornita dall'art. 88-1 Cost. – ad eccezione, però, del caso in cui l'antinomia si verifichi nei confronti di una «*disposition expresse contraire de la Constitution*», laddove il *Conseil* si riserva la competenza ad esercitare il controllo di costituzionalità sulla normativa interna di recepimento [17].

Sembra, perciò, ora accolta anche nell'ordinamento francese la ben nota teorica dei controlimiti [18], sviluppata in origine dalla Corte costituzionale italiana (sentt. nn. 98/1965 e – più compiutamente – 183/1973) e dal Tribunale costituzionale tedesco (a partire dalle note sentt. *Solange I*, del 29 maggio 1974 e *Solange II*, del 22 ottobre 1986) [19], in base alla quale la *primauté* del diritto comunitario si arresta innanzi al limite invalicabile costituito dai principi fondamentali dell'ordine costituzionale e dai diritti inviolabili della persona umana.

A differenza degli omologhi italiano e tedesco, però, il giudice costituzionale francese si spinge ancora più oltre, giungendo, come visto, ad affermare che la trasposizione del diritto comunitario derivato non può legittimamente avvenire nel caso in cui si verifichi un contrasto con qualsiasi disposizione espressa contraria della Costituzione, e non già solo con quelle relative ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (come avviene nell'esperienza

*tion entre droit de l'Union et droits des États membres*»: così A. LEVADE, *Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne*, in *Revue du droit public*, 2005, 33.

[17] Sulle decisioni richiamate, cfr., in particolare, M. FATIN ROUGE-L. GAY, *Rapport française*, in AA.VV., *Justice constitutionnelle*, *justice ordinaire*, *justice supranationale: À qui revient la protection des droit fondamentaux en Europe? – XX^e Table Ronde Internationale*, Aix-en-Provence, 17-18 settembre 2004, 123 ss. del *paper*.

[18] Sulla quale, magistralmente, A. RUGGERI, «*Tradizioni costituzionali comuni*» *e «controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. FALZEA-A. SPADAIO-L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 505 ss. e in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2003, 102 ss.; G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2002, 9 ss. E.M. CARTARIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 167 ss.

[19] Pare opportuno segnalare che, di recente, con un'ordinanza pronunciata dal Secondo Senato il 14 ottobre 2004 (2 BvR 1481/04), il *Bundesverfassungsgericht* ha applicato la teoria dei controlimiti anche ai rapporti con la CEDU e con la Corte di Strasburgo. Su tale decisione vd. l'analisi proposta da F. PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale e la teoria «selettiva» dei controlimiti*, in *www.forumcostituzionale.it* (dicembre 2004).

italiana e tedesca, laddove l'attivazione della «barriera» dei controlimiti appare, peraltro, secondo la dottrina, più teorica che reale [20].

Pare, dunque, profilarsi, per questa via, un possibile conflitto con la Corte di giustizia, la quale ha più volte considerato (a partire da *Internationale Handelgesellschaft*, 17 dicembre 1970, causa 11/70) l'impossibilità, per gli Stati membri, d'invocare le proprie disposizioni costituzionali al fine d'evitare il recepimento, nel diritto interno, degli obiettivi fissati negli atti espressione del diritto comunitario derivato. A meno che – raccogliendo uno spunto contenuto proprio nella decisione n. 2004-505 DC di cui si discute – non si percorra la via d'una adeguata revisione costituzionale, al fine di mettere in «armonia» la Costituzione con il diritto comunitario: come sembra indicare, appunto, lo stesso *Conseil*, quando afferma – a proposito, però, del diverso caso del rapporto tra Trattati e Costituzione – che «*lorsque des engagements (…) contiennent une clause contraire à la Constitution*, *remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, *l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle*» (*Cons.* n. 7).

Ma, su questo specifico punto, sembra logico attendersi ulteriori sviluppi nel «cammino comunitario» intrapreso, ormai da tempo (ed in coincidenza con le varie fasi dell'integrazione europea), dall'organo francese di giustizia costituzionale, al fine d'una più chiara precisazione della portata della sua giurisprudenza recente, che lascia, come detto, all'interprete alcuni significativi margini d'ambiguità ed incertezza.

In ogni caso, la *décision* 19 novembre 2004, n. 2004-505 DC non si occupa solo della questione della *primauté* e del rapporto tra ordinamenti, quanto anche di verificare – secondo quanto specificamente prescrive l'art. 54 Cost. – nel suo complesso le norme contenute nel predetto accordo, onde verificare se le stesse impongano, per la loro ratifica, una previa revisione costituzionale.

La seconda parte della decisione è, di conseguenza, dedicata ad un'altra questione di primaria importanza in ordine alla problematica dei rapporti tra diritto costituzionale europeo e quello nazionale, ovvero all'inserimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel nuovo Trattato costituzionale.

Ricordato brevemente che la Carta contiene (art. II-112, par. 5) accanto ai diritti – direttamente azionabili innanzi a tutte le giurisdizioni – anche dei «principi» che costituiscono obiettivi generali dell'Unione (e che hanno, com'è noto, differente portata giuridica), il *Conseil* si preoccupa di richiamare, innanzitutto, la norma di cui all'art. II-112, par. 4, del Trattato costituzionale, la quale stabilisce che laddove la Carta riconosce dei diritti fondamentali quali risultano dalle «tradizioni costituzionali comuni» agli Stati membri, tali diritti

[20] Come ricordano anche A. CELOTTO-T. GROPPI, Primauté *e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 868.

debbono essere interpretati in armonia con le predette tradizioni, e, subito dopo, il par. 7 del medesimo art. II-112 ed il Preambolo, in virtù dei quali la Carta dei diritti dovrà essere interpretata tenendo in debita considerazione le «spiegazioni» elaborate dal *Praesidium* della Convenzione che ha elaborato la Carta, oltre che la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tutto ciò al fine di introdurre l'analisi relativa al sindacato sul rapporto di compatibilità tra l'art. II-70 del Trattato costituzionale (relativo alla libertà di culto) e l'art. 1 della Cost. francese (contenente il «celebre» principio di laicità della Repubblica), che appare essere la questione giuridica che più intensamente ha «appassionato» il *Conseil* (considerato che nella decisione sono – peraltro, molto brevemente – presi in specifica considerazione, tra tutti gli articoli della Carta, solo l'art. II-107, relativo al diritto ad un ricorso effettivo innanzi ad un Tribunale imparziale ed il successivo art. II-110, relativo al *ne bis in idem* penale, con un fugace accenno finale al principio di proporzionalità quale clausola generale di cui all'art. II-112: tutti, del resto, dichiarati – senza particolari patemi – compatibili con le norme della Costituzione).

Il bilanciamento tra le due norme è effettuato con un ampio ricorso, da un lato, alle «note esplicative» del *Praesidium* della Convenzione (il cui valore di cogente guida interpretativa è chiaramente riaffermato dal *Conseil*)[21] e, dall'altro, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In base ai predetti chiarimenti interpretativi del *Praesidum*, in effetti, l'art. II-70 ha lo stesso significato e la stesse conseguenze giuridiche di cui all'art. 9 della CEDU, potendo subire le medesime limitazioni ivi previste (salvaguardia della sicurezza pubblica; protezione dell'ordine, della salute e della morale pubblica; tutela dei diritti e delle libertà dei terzi), sì che assume, a questo proposito (anche in base allo stesso art. II-112 del Trattato costituzionale), un ruolo di particolare rilievo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. La quale, da ultimo con due decisioni, pronunciate nello stesso giorno (sentt. 29 giugno 2004, *Leyla Sahin* c. *Turchia*, ric. n. 44774/98 e *Zeynep Tekin* c. *Turchia*, ric. n. 41556/98, entrambe relative al divieto d'indossare il velo islamico nelle università), ha nuovamente riconfermato l'esistenza e il valore del principio di laicità, quale espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati che hanno ratificato la CEDU, ed ha affermato che in questa materia gli ordinamenti giuridici nazionali dispongono di un ampio «margine d'apprezzamento», che loro consente di prevedere le misure più appropriate allo scopo di rendere conciliabile la libertà di culto con il principio di laicità. Di talché, conclude il *Conseil constitutionnel*, «*dans ces conditions*, *sont respectées les dispositions de l'article 1er de la Constitution (…) qui interdisent à quiconque de se*

[21] Si sofferma su questa specifica tecnica interpretativa F. LUCHAIRE, *La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel*, in *Revue du droit public*, 2005, 47 ss.

*prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers*».

*Et voilà*, riaffermato (e salvato) il principio di laicità, la Carta dei diritti fondamentali non comporta – per il *Conseil* – anche per i restanti articoli, la necessità d'alcuna (previa) revisione costituzionale (c'è da aggiungere, allo stato attuale dell'integrazione sovranazionale europea, ovvero – più in particolare – in corrispondenza con l'*acquis* giurisprudenziale contemporaneo delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo, le quali, com'è noto, non hanno rinunciato, in passato, a «coraggiose» interpretazione evolutive in ordine ai diritti fondamentali ed all'assetto stesso del rapporto tra le fonti: sembra, però, aprirsi, con questa decisione, anche in Francia una significativa prospettiva di «dialogo» tra Corti [22].

## 3. *La* declaración *13 dicembre 2004, n. 1/2004 del* Tribunal Constitucional *spagnolo*

La decisione dell'organo di giustizia costituzionale iberico in ordine al controllo preventivo di costituzionalità sul Trattato costituzionale – *declaración* 13 dicembre 2004, n. 1/2004 del *Tribunal Constitucional* (d'ora innanzi, DTC 1/2004) [23] – giunge, come noto, a distanza di pochi giorni soltanto dalla pronuncia del *Conseil constitutionnel* sin qui analizzata.

In effetti, sotto questo specifico profilo, i due sistemi di giustizia costituzionale (quello francese e quello spagnolo), presentano un'evidente analogia, essendo parimenti previsto dalle norme costituzionali dei due ordinamenti (art. 54 Cost. francese e art. 95 Cost. spagnola), un controllo preventivo di costituzionalità dei Trattati internazionali, affidato ai due organi accentrati incaricati di esercitare la giurisdizione costituzionale [24].

---

[22] Come sottolinea ora pure A. LEVADE, *Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne*, cit., 40-41. Anche se, come ricorda giustamente A. RUGGERI, «*Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, cit., 109, detto «dialogo» è, allo stato, ancora insoddisfacente, come mostrano le varie esperienze europee comparate.

[23] Pubblicata in *BOE*, n. 3, 2005, 4 enero 2005, 5.

[24] Sulla comparabilità, a questo proposito, dei due ordinamenti – e sulle rispettive differenze, quanto alle modalità procedurali di attivazione di detto controllo ed agli effetti delle decisioni – cfr. *amplius* M. FROMONT, *Le contrôle de la constitutionnalité des Traités internationaux en Espagne et en France*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context – La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, 2003, 943 ss.

Così, il Governo spagnolo (con apposito *Acuerdo* adottato in Consiglio dei Ministri, dopo aver ricevuto un articolato parere, sul punto, dal *Consejo de Estado*) ha presentato – ai sensi del predetto art. 95, 2° comma, Cost. e dell'art. 78, 1° comma, LOTC – il 5 novembre 2004 al *Tribunal Constitucional* la richiesta di previa valutazione della compatibilità del nuovo Trattato costituzionale europeo con le norme della Costituzione spagnola: in particolare, ha chiesto al *Tribunal* di pronunciarsi espressamente sulla sussistenza o meno di antinomie tra la Costituzione e gli artt. I-6, II-111 e II-112 del Trattato, oltre che di dichiarare la sufficienza o meno della norma di cui all'art. 93 Cost. al fine di poter procedere alla ratifica del medesimo Trattato (e, per il caso di riscontrata insufficienza di detta norma, d'indicare le appropriate riforme da apportare al testo costituzionale).

Esperiti i vari passaggi procedurali previsti dalla Costituzione e dalla legge organica – ovvero, essenzialmente, la comunicazione, alle altre autorità legittimate al ricorso preventivo (oltre al Governo, le due Camere, che debbono pronunciarsi secondo le modalità di cui agli arrt. 157 reg. *Congreso* e 147 reg. *Senado*), dell'avvenuta presentazione d'un ricorso, al precipuo fine di poter far esprimere a detti organi, nel termine di un mese, la propria motivata opinione in materia [25] – il *Pleno* del *Tribunal* s'è pronunciato (seppur con tre – critiche – opinioni dissenzienti), con la DTC n. 1/2004 in parola, nel senso della piena compatibilità delle norme del Trattato costituzionale europeo con la Costituzione e, dunque, della non necessità – a differenza di quanto, invece, opinato dal *Conseil* per l'ordinamento francese – d'una previa revisione della Carta del 1978.

La decisione – la seconda (come si premura di ricordare lo stesso *Tribunal*, la precedente risalendo alla DTC del 1° luglio 1992, n. 1/1992) resa, sino ad oggi, *ex* art. 95, 2° comma, Cost., dall'organo spagnolo di giustizia costituzionale – offre molteplici profili d'interesse e di analisi, anche in prospettiva comparatistica.

Innanzitutto, a differenza di quanto considerato al proposito dal *Conseil constitutionnel*, il *Tribunal Constitucional* evita di prendere specifica posizione sulla «spinosa» questione della natura giuridica del Trattato costituzionale europeo, questione che, come s'è ricordato, divide profondamente ed in radice la dottrina costituzionalistica europea [26]: il giudice costituzionale spagnolo non

---

[25] Sul procedimento, vd., di recente, S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ-P. MELLADO PRADO, *Organización del Estado Central y Justicia Constitucional*, CEC, Madrid, 2004, 257 ss.

[26] Cfr. ad es. – oltre agli Autori già richiamati – le considerazioni critiche di G. FERRARA, *La costituzione europea: un'ambizione frustrata*, in *www.costituzionalismo.it* (fasc. n. 2, 2004, dicembre 2004), che si esprime in termini risolutamente contrari alla stessa ontologica esistenza d'una Costituzione europea, in quanto «questa Europa che istituzionalizza il mercato come principio fondamentale e come fine del suo ordinamento, che snatura lo strumento principe ed indefettibile della democrazia finora conosciuta, la rappresentanza politica (…) non ha costitu-

si «appassiona», infatti, alla soluzione della questione, ma si dedica ad una disamina concreta delle eventuali antinomie sussistenti tra i due testi sottoposti al suo sindacato, sì come ad una valutazione generale del parametro costituzionale di riferimento rispetto al processo d'integrazione europeo in atto.

Non prima, però, d'aver chiarito la natura del controllo preventivo di costituzionalità dei Trattati internazionali, affidato dalla Costituzione al *Tribunal Constitucional*.

Sul punto, la DTC n. 1/2004 riprende e sviluppa quanto già contenuto nella precedente DTC n. 1/1992 (relativa, come noto, allo scrutinio di compatibilità di alcune disposizioni del Trattato di Maastricht), riaffermando che il procedimento configurato dall'art. 95, 2° comma, Cost. assegna al *Tribunal* un compito di «*defensa jurisdiccional anticipada de la Constitución*» (*FJ* 1), di natura duplice, in quanto, accanto alla consueta funzione di controllo giurisdizionale di costituzionalità, si aggiunge anche «*en virtud de su ejercicio preventivo*, *una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado*» (*FJ* 1), al fine di evitare che il contrasto tra le norme costituzionali e quelle di diritto internazionale pattizio «*llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro Ordinamiento*» (*FJ* 1).

Ciò non toglie, però, che, come già avvertito dalla dottrina [27], sia pure possibile, nei confronti dello stesso Trattato sottoposto a controllo preventivo, anche un controllo *a posteriori* di costituzionalità, ai sensi dell'art. 27, 2° comma, LOTC (in base al quale «*son susceptibles de declaración de incostitucionalidad (…) c) los tratados internacionales*»): è quanto indica lo stesso *Tribunal*, considerando, al proposito – con una evidente, significativa, preferenza, però, per il meccanismo di controllo preventivo, maggiormente rispettoso delle «*relaciones internacionales del Estado*» – che «*la contradicción se resuelve*, *por tanto*, *evitàndola en su origen*, *y no sólo cuando*, *ya producida*, *no queda otro expediente que el de la activación de dos sistemas de garantía*, *el internacional y*

---

zione, non può averla (…) per l'insussistenza delle condizioni che, esse sole, dell'esistenza di una costituzione accertano l'essenza ed il valore»; nella diversa prospettiva, invece, dell'originalità del processo di costituzionalizzazione europeo nell'ambito del costituzionalismo contemporaneo, v., ad es., P. HÄBERLE, *Europa como comunidad constitucional en desarrollo*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, enero-junio 2004 – *Relaciones entre ordinamientos en la Unión Europea*, 11 ss. e ancor prima dell'approvazione del Trattato costituzionale, J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, CUP, Cambridge, 1999, trad. it., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003; in senso necessariamente «aperto» agli sviluppi futuri del percorso comunitario, cfr., di recente, E. ALBERTÍ ROVIRA, *La Constitución europea: La emergencia de un derecho constitucional europeo*, *paper* provvisorio presentato al *III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España – La Constitución europea*, Barcellona, 21-22 dicembre 2004.

[27] M. FROMONT, *Le contrôle de la constitutionnalité des Traités internationaux en Espagne et en France*, cit., 947-948.

*el interno [ex art. 27.2 c) LOTC], que pueden abocar a consequencias mutuamente perturbadoras*» (*FJ* 1).

Sembra, perciò, potersi desumere da questa sintetica considerazione, una scelta in termini di marcato *self-restraint* (salvo quanto si avrà occasione di osservare *infra*) per ciò che concerne il controllo successivo di costituzionalità nei confronti dei Trattati e degli accordi internazionali già incorporati nell'ordinamento interno.

Al centro della DTC n. 1/2004 si pone, in ogni caso, un'articolata analisi sul parametro costituzionale di cui all'art. 93 Cost. e sulla complessa questione del principio della *primauté* della Costituzione europea e del diritto comunitario derivato rispetto alla Costituzione ed alle altre norme giuridiche nazionali (il ricordato art. I-6 del Trattato cost.).

Quanto all'art. 93 Cost. – definito dal giudice costituzionale spagnolo, nella sua decisione, quale «*fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al derecho comunitario*» (FJ 2) – il Tribunal ha l'occasione di sviluppare, in questa sede, un'ampia riconsiderazione della sua effettiva portata interpretativa, in quanto nella precedente DTC n. 1/1992 l'organo di giustizia costituzionale si era limitato ad un esame parziale, puntuale, di detta norma, ovvero di quanto strettamente necessario per rispondere al dubbio di costituzionalità evidenziato nel ricorso governativo all'epoca proposto (il quale chiedeva, come noto, al Tribunal di verificare la sola compatibilità dell'art. 19 TUE – relativo al riconoscimento del diritto di elettorato passivo nel paese di residenza ai cittadini comunitari – con la norma di cui all'art. 13, 2° comma, Cost. [28].

Ora, anche ricorrendo all'argomento dei lavori preparatori della Costituzione del 1978, il giudice costituzionale afferma la capitale importanza dell'art. 93 ai fini della partecipazione della Spagna al processo d'integrazione comunitaria – integrazione «*largamente anhelada y constitucionalmente querida*», per dirla con il *Tribunal* – al punto che la predetta norma «*opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias*» (*FJ* 2), ed, in particolar modo, all'ordinamento sovranazionale comunitario, «*dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y limites de la aplicabilidad de sus normas*» (*FJ* 2).

Sì che il «salto» di qualità con la precedente, restrittiva, interpretazione del precetto costituzionale in parola appare in tutta la sua concreta portata applicativa: se, infatti, in passato l'art. 93 Cost. era semplicemente considerato quale «*precepto de índole orgánico procedimental*» (DTC n. 1/1992 *FJ* 4; ma anche STC n. 28/1991 *FJ* 4), detta norma acquista ora, nell'interpretazione proposta

[28] Cfr. sul punto, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Madrid, 2002.

dal *Tribunal*, una dimensione completamente differente, in quanto assume una configurazione «*sustantiva o material*» (*FJ* 2), che ne trasforma la qualità e le conseguenze interpretative.

Ne discende – in sostanza – la necessità di operare una interpretazione dell'ordinamento sovranazionale coordinata e coerente con i principi ed i valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno, che ha autonomamente (e costituzionalmente) consentito alle limitazioni di sovranità necessarie per costruire l'integrazione comunitaria[29].

Senza, però, dimenticare che la stessa norma di cui all'art. 93 Cost. è connotata da una serie di limiti impliciti («*no recogidos expresamente en el precepto constitucional*») – che costituiscono un ostacolo invalicabile all'apertura dell'ordinamento spagnolo a quello europeo – i quali consistono, a giudizio del *Tribunal*, nel rispetto: a) della sovranità dello Stato; b) delle sue strutture costituzionali essenziali; c) del sistema di valori e principi fondamentali consacrati nella Costituzione, tra i quali «*los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)*» (*FJ* 2). Limiti impliciti che, secondo il giudice costituzionale, sono, in ogni caso, tutti rispettati «*escrupulosamente*» nel Trattato soggetto a sindacato preventivo.

Posta questa importante – quanto innovativa, per la giurisprudenza costituzionale spagnola – premessa interpretativa di carattere generale, il *Tribunal Constitucional* passa ad esaminare analiticamente le richieste contenute nel ricorso governativo.

Tra le quali, come detto, assume un ruolo di primo piano la questione della compatibilità tra il principio del primato del diritto comunitario (originario e derivato: art. I-6 del Trattato cost.) rispetto al diritto degli Stati membri. Ovvero, più in particolare, se possa o meno considerarsi costituzionalmente ammissibile la primazia della Costituzione europea (e del diritto derivato) nei confronti della Costituzione nazionale.

Il giudice costituzionale spagnolo – come già quello francese, del resto, nella richiamata decisione n. 505-2004 DC – prende le mosse dal riconoscimento d'una sostanziale linea di continuità tra l'*acquis* precedente e quanto ora risulta espressamente dall'art. I-6 del Trattato costituzionale: si tratta, in effetti, di una evidente (e voluta) trasposizione normativa di quanto già da tempo conso-

---

[29] Questa sembra essere anche la prospettiva interpretativa accolta da A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, cit., ad avviso del quale «la Costituzione dell'Unione e quelle degli Stati membri si trovano in un rapporto di complementarietà all'interno di uno spazio costituzionale comune. La dipendenza della Costituzione dell'Unione da quelle degli Stati membri è ancora più grande di quella che caratterizza una Costituzione federale rispetto a quelle degli Stati che fanno parte della federazione»: è, questo, in sintesi, l'articolato concetto di Costituzioni complementari, che permea ontologicamente, secondo l'illustre A., lo spazio costituzionale comune europeo.

lidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia a proposito del primato del diritto comunitario rispetto al diritto interno [30].

Questa riconosciuta linea di continuità con l'assetto giuridico previgente, consente al *Tribunal* di affermare che il primato del diritto europeo discende – come statutito ripetutamente dalla Corte di giustizia – da una pura «esigenza esistenziale» (la ben nota teorica dell'«effetto utile» ai fini di un'efficace armonizzazione) dell'ordinamento sovranazionale e non già dall'intenzione di stabilire una vera e propria superiorità gerarchica. Ciò anche in considerazione di quanto testualmente previsto dagli artt. I-2 e I-5 del Trattato cost., i quali si preoccupano di ribadire il necessario rispetto, da parte dell'Unione europea, sia dell'identità nazionale degli Stati membri (ivi comprese, in questo ambito, le esistenti strutture politiche e costituzionali degli stessi), sia del nucleo essenziale dei valori e dei diritti fondamentali che costituiscono l'autentica pietra angolare del diritto costituzionale comune europeo [31].

Sul punto, il giudice costituzionale spagnolo traccia una coordinata interpretativa di particolare interesse, laddove si spinge ad affermare che – nel complesso e travagliato percorso dell'integrazione europea – un ruolo di rilievo, che ha modificato significativamente detto «cammino comunitario», s'è avuto proprio grazie alla dottrina dei controlimiti sviluppata da alcuni Tribunali costituzionali (tra i quali, come s'è detto, quello italiano e quello tedesco), la quale, nel riaffermare l'esistenza d'un invalicabile barriera – costituita, come noto, dall'esistenza di valori, principi e diritti fondamentali ed inviolabili – alla *primauté* del diritto comunitario nei confronti delle Costituzioni nazionali, ha indirizzato, inequivocabilmente, verso il sostanziale rispetto di tali diritti il processo di armonizzazione ed integrazione europeo: con il risultato (certo non trascurabile, per gli ordinamenti nazionali), ora raggiunto dal Trattato co-

[30] Come, del resto, provvede a chiarire espressamente la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato e relativa al medesimo art. I-6: «La Conferenza constata che l'art. I-6 rispecchia la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado». Sulla questione, anche con riferimenti comparatistici, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *Las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado a la luz de la Constitución Europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 1, enero-junio 2004 – *Relaciones entre ordenamientos en la Unión Europea*, 75 ss.

[31] Sulla necessaria valorizzazione dell'art. I-5 del Trattato quale «nota in contrappunto» al principio del primato, vd. M. CARTABIA, «*Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali* (testo provvisorio), in Atti della «*Giornata di studio in ricordo di Alberto Predieri. Sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*», Firenze, 18 febbraio 2005, in *www.giustamm.it* (aprile 2005), ad avviso della quale «indubbiamente non si può negare che tale disposizione suoni come una concessione o un riconoscimento nei confronti delle Corti costituzionali nazionali che hanno caparbiamente fatto quadrato intorno al nucleo fondamentale delle Costituzioni nazionali». Sì che detta norma – in combinato disposto con quella di cui all'art. I-6 – si avvia a diventare un «elemento chiave nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali», come acutamente osserva la medesima A.

stituzionale, che detti controlimiti «*aparecen ahora proclamados de modo inequívoco por el proprio Tratado (…) que ha venido a acomodar sus disposiciones a las exigencias de las Constituciones de los Estados miembros*» (*FJ* 3) [32].

Alla luce di tutto ciò, può allora essere correttamente impostata e risolta la questione del preteso contrasto tra l'art. I-6 del Trattato (principio del primato del diritto dell'Unione) e l'art. 9, 1° comma, Cost. spagnola (che afferma la supremazia della Carta costituzionale nell'ordinamento interno).

Nell'articolata ricostruzione teorico-interpretativa proposta dal *Tribunal Constitucional*, in effetti, «*primacía y supremacía son categorías que se desevuelven en órdenes diferenciados*» (*FJ* 4): il primato è principio relativo alla applicazione delle norme giuridiche in vigore; la supremazia si riferisce, invece, al procedimento di normazione, sì che essa si sostanzia nel carattere gerarchico superiore della norma fondamentale, la quale costituisce, di conseguenza, la fonte di validità delle altre norme dell'ordinamento. Di talché, la «*primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía*, *sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas*, *en principio válidas*, *de las cuales*, *sin embargo*, *una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente*» (*FJ* 4) [33].

Dalla acclarata distinzione teorica tra i due principi, discende, inoltre, che la supremazia della Costituzione (di cui all'art. 9, 1° comma, Cost.) è pienamente compatibile – in virtù del precetto, parimenti costituzionale, espresso dal successivo art. 93 – con un regime di applicazione (discendente dall'effettiva primazia del diritto europeo) delle norme giuridiche che attribuisca, appunto, preferenza applicativa alle disposizioni normative di un ordinamento diverso e distinto da quello nazionale: sì che, in definitiva, «*la Constitución*

---

[32] Secondo la medesima ottica interpretativa pare collocarsi pure G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, cit., il quale ritiene che – anche grazie al ricordato art. I-5 del Trattato – «la questione dei controlimiti sembrerebbe aver assunto una rilevanza diversa rispetto al passato, in quanto il testo del Trattato aprirebbe una prospettiva di maggiore disponibilità dell'ordinamento dell'Unione verso quelli nazionali, dimostrando di intendere il primato del diritto comunitario non in modo intransigente, bensì disponibile a lasciare spazio ai princìpi maggiormente qualificanti le costituzioni statali. In parole semplici sembrerebbe che il Trattato si sia arreso alla resistenza posta dai giudici costituzionali accettando sostanzialmente le riserve che sono alla base della dottrina dei controlimiti».

[33] Ad avviso di J.F. SÁNCHEZ BARRILAO, *Relación entre el derecho de la Unión Europea y el derecho de los Estados Miembros: apuntes para una aproximación al principio de la primacía a la luz de la Constitución europea (Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de dicembre de 2004)*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 2, julio-diciembre 2004 – *La Constitución Europea (I)*, in *www.ugr.es/~redce* (aprile 2005), il principio di primazia si sostanzia in un principio di prevalenza, con la conseguenza che esso si rivolge, essenzialmente, «*a los aplicadores del Derecho (màs que a los órganos productores del mismo)*, *y*, *de otro (y consecuentemente)*, *no sea un principio odenador y conformador de las relaciones entre normas y ordenamientos*, *sino*, *y simplemente*, *un principio resolutor de conflictos normativos*».

*ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es proprio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado*» (*FJ* 4), senza che, dunque, possa apprezzarsi, su questo punto, alcuna contraddizione tra la Costituzione ed il Trattato costituzionale europeo: il criterio della separazione delle competenze, perciò, quale sostanziale criterio di composizione delle antinomie tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali [34].

La *primacía* del diritto europeo non è, però, senza limiti nei confronti della Costituzione spagnola: nel caso, «*difícilmente concebiple*» (sostiene il *Tribunal*), d'irresolubili contrasti tra i due ordinamenti, derivanti dalla ulteriore dinamica del processo d'integrazione europeo, «*en última istancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal (…) a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*» (*FJ* 4).

La dottrina dei controlimiti appare, perciò, ora pienamente accolta – analogamente a quanto (ormai da tempo) statuito dalla Corte costituzionale italiana e dal Tribunale costituzionale tedesco e, come visto, acquisito dallo stesso *Conseil constitutionnel* francese – anche dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, che riafferma, così, il suo ruolo di garante supremo della Costituzione e dei suoi principi e valori fondamentali anche nei confronti d'eventuali «eccessi» derivanti da ogni nuova fase dell'integrazione europea [35].

Senza considerare, in ogni caso, che la sovranità statale ha a disposizione – oltre alla predetta garanzia dei controlimiti, sui quali, come visto, «vigila» attentamente il *Tribunal* – anche lo strumento, decisivo e definitivo, del potere

---

[34] Utilizzando terminologia e concetti cari a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *Le fonti normative*, Padova, 1984, *passim*. Sul principio della preferente applicazione del diritto comunitario – in caso di antinomie con il diritto nazionale – cfr., diffusamente, prima della stipula del Trattato costituzionale, M. CARTARIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, cit., 173-176.

[35] Con ciò stesso fugando, almeno, in parte i dubbi espressi da G. FERRARA, *La costituzione europea: un'ambizione frustrata*, cit., il quale si preoccupa che «la disposizione dell'art. I-6, che nel sancire la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, da tempo affermatasi, è formulata in modo tale da consentire che si possa desumere che si intenda sopprimere il filtro mediante il quale le Corti costituzionali dei singoli Stati possono garantire il nucleo essenziale ed irriducibile dei diritti costituzionalmente garantiti dalle costituzioni nazionali e l'intangibilità dei principi fondamentali che vi sono sanciti»; anche se, come segnala P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, *paper* provvisorio presentato al *III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España – La Constitución europea*, Barcellona, 21-22 dicembre 2004, la clausola di salvaguardia finale stabilita dal *Tribunal* presenta alcuni dubbi circa la sua concreta ed effettiva operatività. Sul nuovo ruolo delle Corti costituzionali nello spazio costituzionale comune europeo, cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *El papel de los Tribunales Costitucionales en el futuro constitucional de la Unión*, in *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Madrid, 2004, 71 ss.

di recesso (art. I-60 del Trattato), che costituisce, secondo il giudice costituzionale spagnolo il «*verdadero contrapunto de su art. I-6*» [36].

Dalla primazia del diritto europeo nei confronti del diritto interno discende, pertanto, che, dal momento dell'entrata in vigore del Trattato costituzionale, quest'ultimo disapplica la (o si applica con preferenza alla) Costituzione nazionale: «*ello implica que no cabrá cuestión de incostitucionalidad respecto del Tratado, porque el juez aplicará preferentemente el Tratado Constitucional a la Constitución nacional. Y no cabrá recurso de incostitucionalidad porque el Tratado no pretende quebrantar la Constitución, sino únicamente desplazar su aplicación*», sì che «*en la articulación de la Constitución nacional con la Constitución europea, el Tribunal ha optado por un modelo de* Constitución residual *en el que las garantías últimas se buscan, no en la propia Constitución nacional que no las contiene, sino en la Constitución europea que, en definitiva, se convierte en la garantía última de nuestra constitucionalidad*» [37].

Il giudice costituzionale spagnolo, poi, si occupa di rispondere – anche in questo caso, come già per i precedenti, negativamente – all'ulteriore quesito posto dal Governo, relativo all'eventuale contrasto tra gli art. II-111 e II-112 del Trattato e le norme della Costituzione (soprattutto con quella di cui all'art. 10, 2° comma).

In particolare, il ricorso governativo – che richiama espressamente, sul punto, l'ampio parere reso dal *Consejo de Estado* – chiede al *Tribunal* di verificare, in via preventiva, la legittimità di un sistema di tutela dei diritti fondamentali che ora si articola su tre livelli distinti (Costituzione, CEDU e Carta dei diritti, sì come incorporata al nuovo Trattato costituzionale) e che può presentare insidiose antinomie o, comunque, particolari difficoltà interpretative circa la compatibilità dei differenti gradi di tutela e di estensione dei predetti diritti.

La decisione del *Tribunal Constitucional*, sulla questione, appare di particolare interesse.

In primo luogo, in quanto pone una premessa metodologica di significativo valore in ordine all'ottica stessa di funzionamento dei diversi sistemi di giustizia costituzionale e delle relazioni tra questi e le Corti europee in materia di protezione dei diritti fondamentali. A differenza del sistema francese di giustizia costituzionale, infatti, chiamato, come noto, a giudicare esclusivamente in via preventiva sulla costituzionalità delle norme (anche di quelle dei Trattati

---

[36] Potere di recesso che, già in passato, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 445, aveva individuato «quale manifestazione ultima della sovranità statale» nei confronti dell'integrazione comunitaria.

[37] Come avverte – non senza qualche preoccupazione per questa traslazione del *locus* ove sono poste le garanzie in ultima istanza della costituzionalità del sistema – P. CRUZ VILLALÓN, *El Tratado según la Constitución: tres planteamientos*, cit.

internazionali), il sistema spagnolo è, com'è altrettanto noto, dotato (accanto al controllo preventivo sui Trattati) «fisiologicamente» della possibilità di sindacato *a posteriori*, con numerose modalità di accesso riservate a soggetti ed organi diversi. Questa coesistenza di meccanismi differenziati – anche quanto al profilo temporale di attivazione del controllo – ha un'influenza determinante sulla concreta questione sottoposta al *Tribunal* e sulla risposta che esso fornisce alla richiesta governativa: secondo il giudice costituzionale, infatti, «*los concretos problemas de articulación que podrian suscitarse con la integración del Tratado non pueden ser objeto de un pronunciamento anticipado y abstracto*» (*FJ* 6). Emerge, dunque, in tutta la sua significativa portata, un'indicazione espressa di metodo in materia di diritti fondamentali e di rapporto tra Corti [38]: la soluzione dei problemi di interpretazione tra i diversi livelli di tutela dei predetti diritti «*sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal*, *esto es*, *ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes*, *en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas*» (*FJ* 6), e non già in via soltanto preventiva ed astratta (come accade, invece, nell'esperienza francese [39], senza, appunto, alcun dialogo tra Corti, unico strumento idoneo ad evitare pericolosi (s'intende, per i diritti) conflitti interpretativi [40].

In secondo luogo, poiché, pur con l'ampia premessa metodologica appena richiamata e sviluppata, il *Tribunal Constitucional* si spinge, in ogni caso, a formulare anche una direttiva di solido contenuto ermeneutico, allorché indica la necessità di interpretare i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione (art. 10, 2° comma) alla luce di quanto previsto dalle Convenzioni e dagli accordi internazionali in materia (e, dunque – e soprattutto – in armonia con la CEDU ed, ora, con la stessa Carta dei diritti fondamentali), in modo tale da predisporre, quantomeno, un livello minimo di tutela, che, secondo i riferimenti normativi desumibili dall'art. II-112 del Trattato e dallo stesso art. 10, 2° comma, Cost., finisce per essere individuato proprio nella CEDU, con il risultato di «*erigir a la juriprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpreta-*

[38] Rapporto che alcuni, in dottrina, ritengono potenzialmente conflittuale: cfr. ad es., il compianto L. FAVOREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. ZAGREBELSKY, Roma-Bari, 2003, 247 ss.

[39] Seppur con le precisazioni e le «aperture» esposte in precedenza.

[40] Nella prospettiva del «dialogo» istituzionale tra Corti – interne, europee ed internazionali – in materia di protezione dei diritti fondamentali in Europa, cfr., di recente, M. LUCANI-P. PASSAGLIA-A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI, *Rapport italien*, in AA.VV., *Justice constitutionnelle*, *justice ordinaire*, *justice supranationale: À qui revient la protection des droit fondamentaux en Europe? – XX^e Table Ronde Internationale*, Aix-en-Provence, 17-18 settembre 2004, 155 ss. del *paper*.

*ción compartidos en su contenido mínimo*» (*FJ* 6), come pure risulta, conclusivamente, dalla meditata scelta di far aderire la UE alla medesima CEDU (art. I-9 del Trattato).

Gli artt. II-111 e II-112 del Trattato costituzionale, dunque, non pongono dubbi di compatibilità con la Costituzione spagnola, in quanto, in definitiva, si limitano ad apprestare un livello minimo uniforme di tutela nell'ordinamento europeo (secondo anche quanto considerato dal successivo art. II-113) e negli ordinamenti nazionali (quando v'è questione d'applicazione del diritto europeo), che, comunque, non impedisce alle Costituzioni nazionali (e ai Tribunali costituzionali) degli Stati membri di continuare ad apprestare un livello di tutela dei diritti fondamentali più elevato di quello minimo appena considerato.

Non viene, perciò, a cessare il ruolo decisivo, in materia, giocato (anche in questa nuova fase dell'integrazione europea) dal giudice costituzionale, che continua ad essere il garante ultimo – nello spazio nazionale – dei diritti e delle libertà fondamentali del cittadino.

## 4. *Considerazioni conclusive*

Risulta, in sostanza, da tutto quanto appena considerato – pare di poter concludere – la condivisibile scelta del *Conseil constitutionnel* e (soprattutto) del *Tribunal Constitucional* di voler contribuire attivamente alla costruzione di un articolato (altri direbbe *multilevel*), reticolare, coerente sistema di protezione dei diritti, che, in virtù dell'ottica del dialogo tra Corti specificamente prescelta dal giudice costituzionale francese e spagnolo, sembra essere la garanzia più efficace contro eventuali abusi ai danni delle situazioni giuridiche soggettive fondamentali, degne – com'è necessario – della maggiore e migliore protezione sostanziale.

Tutto ciò nella prospettiva di un nuovo rapporto – che pare progressivamente defilarsi all'orizzonte – tra ordinamento costituzionale dell'Unione e Costituzioni nazionali, non più marcato, come in passato, dalla preoccupazione di predisporre argini efficaci, in quanto idonei ad evitare un conflitto tra ordinamenti, quanto, invece, caratterizzato dall'esistenza di Costituzioni complementari [41], che tendono ad armonizzarsi reciprocamente [42], garantendo,

---

[41] Secondo l'originale concettualizzazione proposta da A. VON BOGDANDY, *I princìpi costituzionali dell'Unione europea*, cit.

[42] Cfr. V. ONIDA, *Armonia tra diversi e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 549 ss.

comunque, il rispetto delle diversità delle varie strutture costituzionali nazionali [43], al fine di assicurare i maggiori livelli di protezione dei diritti [44].

Acquista, perciò, una nuova dimensione anche la problematica contrapposizione – sino al momento esistente – tra *primauté* e controlimiti [45]: dall'assetto puramente statico, sembra ora giungersi, invero, ad una concezione dinamica dei due princìpi, in quanto «i controlimiti si avviano a divenire non più il rigido muro di confine tra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti tra UE e Stati membri», sì che «i controlimiti modificano ora la loro natura iniziale e divengono elemento di integrazione fra gli ordinamenti, che può ammettere anche l'applicazione di norme nazionali, in deroga al diritto UE, ove rechino livelli più elevati di protezione dei diritti, oppure rappresentino elementi essenziali della peculiare struttura costituzionale statale» [46].

Nello spazio costituzionale europeo [47], in conclusione, l'integrazione tra ordinamenti sembra ora finalmente (seppur ancora in maniera inevitabilmente incerta e provvisoria) cominciare ad indirizzarsi nel senso di garantire un'effettiva realizzazione di un armonico, complementare, efficace livello di protezione dei diritti, nel quale le Corti – le europee sì come le costituzionali nazionali – paiono rappresentare la punta più avanzata di un processo circolare [48], che si

---

[43] Vedi G. DE VERGOTTINI, *Tradizioni costituzionali comuni e Costituzione europea*, cit., e M. CARTABIA, «*Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali* (testo provvisorio), cit.

[44] Così, nell'ottica della massima protezione possibile dei diritti, significativamente, A. RUGGERI, *«Tradizioni costituzionali comuni» e »controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, cit., 108, e da ultimo, A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei «controlimiti» nel Trattato costituzionale europeo?*, in *www.costituzionalismo.it* (maggio 2005).

[45] A. CELOTTO-T. GROPPI, Primauté *e controlimiti nel progetto di Trattato costituzionale*, cit., 870, ritengono che da «*primauté vs.* controlimiti» debba adesso ragionarsi di «*primauté* e controlimiti», secondo un più armonico percorso d'integrazione tra ordinamenti che segue alla stipula del nuovo Trattato costituzionale.

[46] Così, efficacemente, A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei «controlimiti» nel Trattato costituzionale europeo?*, cit.; per una lettura dei controlimiti in chiave necessariamente integrativa, vd. pure, in precedenza, O. CHESSA, *La tutela dei diritti* oltre *lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»* in AA.VV. (a cura di R. NANIA-P. RIDOLA), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2001, 125.

[47] Che rappresenta l'ambito ordinamentale del «nuovo diritto costituzionale multidimensionale «dell'incompletezza», secondo l'interessante teorica proposta di recente da F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, cit., 4, il quale ritiene che, fondandosi su ordinamenti costituzionali integrati, «la costituzionalizzazione (dei valori) dell'Unione coinvolge uno spazio costituzionale più ampio e articolato rispetto a quello monodimensionale dato dall'analisi dei singoli ordinamenti».

[48] Sul costituzionalismo sovranazionale comunitario come processo di «migrazione» costituzionale di dee, concetti e valori dal piano nazionale a quello comunitario (e viceversa), vd. ora il brillante contributo di N. WALKER, *The Migration of Constitutional Ideas and the Migration of*

alimenta e si consolida reciprocamente, nell'ottica della tutela più adeguata dei diritti garantiti dalle Costituzioni nazionali e dall'ordinamento costituzionale europeo, risultando, così – ed in radice – integralmente rigettato quel crittotipo interpretativo che vuole «indeboliti» gli assetti costituzionali interni a causa (ed in conseguenza) di ogni nuova fase dell'integrazione costituzionale sovranazionale [49].

*the Constitutional Idea: the Case of the EU*, EUI Working Paper LAW n. 2005/04 (European University Institute – Florence – April 2005), 4 ss.

[49] In questo senso, cfr. anche M. CARTABIA, *«Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali* (testo provvisorio), cit., ad avviso della quale «la lettura coordinata degli artt. I-5 e I-6 del Trattato costituzionale europeo esprimono in modo chiaro che l'ordinamento costituzionale dell'Unione europea non è stato progettato in modo da svalutare le Costituzioni nazionali, subordinandole ad una Costituzione superiore».

# IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE (ANCHE INDIRETTA) DEI LAVORATORI «ANZIANI». NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA DELLA CORTE SUPREMA AMERICANA

*di Paola Torretta*

SOMMARIO: 1. Il «*disparate impact*» in ragione dell'età approda alla Corte Suprema Americana: il caso degli ufficiali di polizia di Jackson. – 2. La decisione del Giudice americano nel difficile bilanciamento fra tutela contro gli atti «indirettamente discriminatori» e ragionevoli motivi di differenziazione dei lavoratori in funzione dell'età. – 3. L'ADEA e il «*disparate impact*»: il ricorso per discriminazione indiretta nella disciplina della legge federale del 1967. – 4. La condizione di «debolezza» del lavoratore «anziano» all'interno delle logiche che governano il mercato dell'occupazione. – 5. Un'«incursione» nell'esperienza italiana. Tutela del lavoratore in età matura *versus* efficienza della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il caso dell'ordinanza n. 268/2001. – 6. La necessità di andare oltre una tutela meramente giurisdizionale: il ruolo della formazione professionale (specialmente continua) nella protezione sociale del diritto al lavoro dei soggetti non più giovani.

## 1. *Il* «disparate impact» *in ragione dell'età approda alla Corte Suprema Americana: il caso degli ufficiali di polizia di Jackson*

Con la sentenza della Corte Suprema Americana del 30 marzo 2005 pronunciata nel caso *Smith* v. *City of Jackson*, *03-1160* trova un rimedio giurisdizionale anche il «*disparate impact*» nei confronti dei lavoratori più anziani.

Il Supremo giudice ha infatti giudicato tali tipologie di ricorsi «coperti» dalla legge che vieta ogni discriminazione che si dirige verso la forza lavoro in età avanzata, l'*Age Discrimination in Employment Act (ADEA)* del 1967 [1].

[1] Si legge, infatti, nella sezione iniziale dedicata agli obiettivi del provvedimento legislativo che «*The Congress (…) declares that (…) older workers find themselves disadvantaged in their efforts to retain employment, and especially to regain employment when displaced from jobs; (...) the incidence of unemployment, especially longterm unemployment with resultant deterioration of*

I lavoratori non più giovani avranno ora maggiori possibilità di far valere eventuali discriminazioni in ragione dell'età subite sul posto di lavoro, non dovendo più dimostrare che l'imprenditore ha deliberatamente agito con finalità discriminatorie, ma solo che la politica aziendale intrapresa – anche indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro – li ha di fatto (o indirettamente) danneggiati con un effetto discriminatorio prevalente rispetto ad altre fasce di manodopera di diversa età.

Tale decisione rende perciò meno difficile la prospettiva di coloro che intendono sollevare un ricorso per discriminazione sulla base della citata legge federale, nonostante permangano ancora numerosi ostacoli sulla strada verso la giustiziabilità del differente trattamento della forza lavoro in età matura.

La sentenza, infatti, sembra cercare un compromesso fra la posizione dei lavoratori più anziani e l'esigenza dei datori di lavoro di adottare politiche apparentemente neutre sotto il profilo dell'età, ma che, fondandosi su necessità di addestramento, o sul rendimento dei lavoratori – la c.d. *performance* –, o anche su valutazioni di carattere economico, inevitabilmente si ripercuotono con effetti negativi sui lavoratori più anziani. Da un lato, quindi, ammette i ricorsi per *disparate impact* sulla base dell'ADEA senza la necessità di provare l'intento discriminatorio, ma dall'altro consente (e forse suggerisce) al datore di lavoro di produrre in giudizio «fattori ragionevoli che escludano l'età» al fine di giustificare una pratica che di fatto produce conseguenze penalizzanti per i lavoratori che da più tempo sono impiegati nell'azienda.

Il caso che ha portato la Corte Suprema a pronunciarsi su una così delicata questione riguarda un gruppo di trenta ufficiali di polizia *over 40* che ha intentato una causa contro la città di Jackson in Mississipi, ritenendo che un programma di retribuzione adottato dal Comune a partire dal 1999 abbia favorito i colleghi più giovani a discapito di quelli in età matura.

Se nell'ottobre del 1998 veniva adottato un piano retributivo che prevedeva un uniforme incremento dei salari per tutti gli impiegati, la revisione apportata nel maggio del 1999 ha introdotto una diverso meccanismo di attribuzione degli aumenti di paga che ai querelanti non appare neutro in rapporto alla differente posizione lavorativa degli ufficiali riferibile all'età dei medesimi.

Il nuovo piano, infatti, garantisce più elevati aumenti di salario agli impiegati con cinque o addirittura meno anni di esperienza lavorativa rispetto ai colleghi che da più tempo prestano il loro servizio nella città.

---

*skill, morale, and employer acceptability is, relative to the younger ages, high among older workers (...). It is therefore the purpose of this chapter to promote employment of older persons based on their ability rather than age; to prohibit arbitrary age discrimination in employment; to help employers and workers find ways of meeting problems arising from the impact of age on employment*».

Di conseguenza, i querelanti sostengono che, sebbene la politica di aumento dei salari non sia direttamente collegata all'età degli ufficiali, essa nondimeno tende, a tutti gli effetti, a favorire quelli più giovani. Poiché, infatti, la gran parte degli ufficiali interessata dai vantaggi legati alla pratica intrapresa ha un'età inferiore ai quarant'anni, il riformato programma retributivo si riserberebbe con conseguenze meno favorevoli solo nei confronti dei lavoratori che superano tale limite di età [2].

A fronte delle accuse mosse, l'Amministrazione cittadina convenuta oppone la sussistenza di una legittima e non discriminatoria ragione alla base delle modifiche apportate al piano retributivo nel 1999, consistente nel tentativo di mantenere le paghe iniziali degli ufficiali di polizia al di sopra della media regionale, in modo da costruire una scala di stipendi più «appetibile» e competitiva, che incoraggi l'adesione di nuove reclute.

Poiché dunque la strategia sperimentata negli ultimi anni, secondo la difesa del comune non è mossa da un'intenzione discriminatoria, essa non potrebbe considerarsi in contrasto con l'ADEA, il quale vieta solo gli interventi improntati ad uno scopo di arbitraria quanto volontaria lesione dei lavoratori più anziani.

In altre parole, l'effetto dannoso per gli ufficiali ultra quarantenni è prodotto da una politica in sé neutra in relazione al dato anagrafico dei lavoratori e, di conseguenza, non risulterebbe possibile, in questa ipotesi, fare ricorso alla richiamata legge federale del 1967.

Questa impostazione risulta peraltro essere stata assunta anche dal tribunale di prima istanza e dalla Corte di appello, fino a che appunto non è intervenuto il Giudice Supremo ad invertire una tendenza che sembra proprio non poter più reggere in un contesto del mercato lavorativo in cui l'età della manodopera è in continua crescita.

## 2. *La decisione del Giudice americano nel difficile bilanciamento fra tutela contro gli atti «indirettamente discriminatori» e ragionevoli motivi di differenziazione dei lavoratori in funzione dell'età*

Venendo al merito della decisione in commento, la Corte Suprema, mentre da un lato riconosce il diritto di adire un giudice in capo ai lavoratori che ritengono di aver subito un pregiudizio a causa di una politica aziendale che

[2] Più precisamente, come si evidenzia dalla sentenza commentata (13), i querelanti mostrano come quasi i due terzi (il 66,2%) degli ufficiali di polizia al di sotto dei quaranta anni ha ricevuto aumenti di salario superiori al 10%, mentre scende a meno della metà (il 43,3%) il numero degli ufficiali over quaranta che ha ottenuto il medesimo aumento.

produce un «*disparate impact*» in ragione del fattore anagrafico, afferma dall'altro che nel caso di specie i soggetti querelanti non sono riusciti a dimostrare l'effetto «sproporzionatamente dannoso» nei confronti della loro categoria [3], aggiungendo che l'argomentazione fornita dalla città di Jackson – secondo cui la decisione di accordare un più elevato aumento di paga agli ufficiali che da meno tempo prestano servizio è sorretta dall'intento di mantenere i salari in linea con quelli di posizioni simili rispetto ad altri distretti di polizia presenti nelle zone circostanti – si fonda su una ragionevole motivazione estranea all'età, rispondente al legittimo obiettivo di conservare numeroso il corpo degli ufficiali di polizia favorendo il reclutamento di nuove leve.

Ad avviso di *Justice* Stevens (chiamato a redigere l'opinione della Corte) il proposito di rendere i salari dei giovani ufficiali più competitivi in rapporto alla retribuzione del personale di altri dipartimenti della Regione è, dunque, accettabile e rientra nell'alveo dei comportamenti legittimi che non originano discriminazioni vietate dalla legge federale del 1967 [4].

In sostanza, se la presente decisione rende più facile la via per far valere una discriminazione (indiretta) sul luogo di lavoro in ragione dell'età, allo stesso tempo, tuttavia, il caso esaminato e rigettato (all'unanimità) dalla Corte dimostra, comunque, quanto sia ancora difficile riuscire a provare e far valere un danno effettivamente subito in virtù di politiche aziendali che inevitabilmente colpiscono i lavoratori meno giovani, di fronte alla prevalenza delle ragioni della competitività delle imprese e del mercato.

Se in precedenza occorreva dimostrare l'intento discriminatorio sottostante al provvedimento adottato dal datore di lavoro [5], ora invece l'azienda può essere ritenuta responsabile per discriminazione in ragione dell'età del lavoratore anche qualora l'iniziativa intrapresa, pur non essendo stata concepita con finalità che si dirigono nella direzione vietata dalla legge, si riverberi con effetti svantaggiosi nei confronti dei dipendenti più anziani. Nondimeno, al datore di lavoro basta addurre un ragionevole fattore capace di giustificare il diffe-

---

[3] Si legge nella decisione (12) che «*petitoners have done little more than point out that the pay plan at issue is relatively less generous to older workers than younger workers. They have not identified any specific test, requirement, or practice within the pay plan that has an adverse impact on* older workers». E, ancora, «*... it is not enought to simply allege that there is a disparate imact on workers, or point to a generalized policy that leads to such an impact. Rather, the employees is responsible for isolating and identifying the* specific *employment practices that are allegedly responsible for any observed statistical disparities*».

[4] Cfr. per questo aspetto pagine 12-14 della sentenza, in cui peraltro il Giudice redattore aggiunge che nonostante il comando di polizia avesse a disposizione anche altre vie per conseguire l'obiettivo prefissato, quella prescelta non risulta irragionevole.

[5] Cfr. *R.* v. *Sanderson Plumbing Products*, *Inc. U.S. Supreme Court* del 12 giugno 2000, in cui la Corte afferma che l'intento discriminatorio può essere provato dimostrando l'infondatezza della motivazione alla base del licenziamento.

rente (negativo) trattamento del lavoratore da più tempo occupato per essere sollevato da una simile responsabilità [6].

Ne deriva che il peso delle giustificazioni presentate dai datori di lavoro sembra, ancora una volta, prevalere, almeno fino a quando le istanze e le logiche del mercato potranno essere considerate ragionevoli fattori in grado di «affievolire» (legittimamente) la tutela del lavoratore.

## 3. *L'ADEA e il* «disparate impact»*: il ricorso per discriminazione indiretta nella disciplina della legge federale del 1967*

Da tempo il ricorso per *disparate impact* è dalla Corte Suprema ritenuto legittimato dal Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, il quale bandisce le discriminazioni in virtù del sesso, della razza e della religione [7].

La recente sentenza ha provveduto ad aggiungere all'ambito di efficacia di questo rimedio giurisdizionale anche le discriminazioni in funzione dell'età, nonostante il Giudice americano si sia preoccupato di sottolineare il diverso, o meglio più ristretto, grado di responsabilità che grava in quest'ultima ipotesi sul datore di lavoro.

Dall'opinione della Corte si evince, infatti, chiaramente che l'ADEA ammette simili tipologie di ricorso per i lavoratori più anziani [8], così come ogni minoranza protetta può far valere eventuali forme di discriminazione subite in virtù del *Civil Rights Act*. Nelle medesime pagine, tuttavia, si legge altresì che «è nel diritto dei datori di lavoro», in alcuni casi, trattare differentemente i lavoratori meno giovani, in virtù della constatazione che l'età incide notevolmente sulle capacità dell'individuo di eseguire una determinata prestazione lavorativa e sulle modalità del suo svolgimento [9].

---

[6] Nel testo della decisione (12-13) si legge «… it is also clear form the record that the City's plan was based on reasonable factors other the age».

[7] Cfr. Come sottolinea A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 153, è c la nota sentenza *Griggs* v. *Duke Power Co*., 401 U.S. 424 (1971), che si verifica «ampliamento della nozione di discriminazione, che ingloba progressivamente una serie di significati per così dire «diretti» e «presuntivi», che staccano dalla originaria esclusiva matrice intenzionale». Sulla stessa linea si pone anche la sentenza *Northcross* v. *Board of Ed of Memphis City Schools*, 412 U.S. 427, 428 (1973).

[8] Questo assunto tuttavia non è unanimemente condiviso dai giudici della Corte, ma dalla maggioranza (5 giudici su 3).

[9] Si richiama ancora l'opinione del Giudice Stevens, nella parte in cui si afferma che *«… age, unlike race or other classifications protected by Title VII, not uncommonly has relevance to an individual's capacity to engagé in certain types of employment. (...) Thus, it is not surprising that*

Un assunto, questo, da non trascurare, dal momento che sembra rendere le discriminazioni dei lavoratori fondate sull'età «diverse» – e forse meno tutelate – rispetto alle distinzioni che invece poggiano sulla razza, sul genere sessuale o sulle convinzioni religiose dell'individuo.

Il Giudice Supremo ha adottato un'interpretazione della legge federale in tema di discriminazione in base all'età a favore dei lavoratori, sostenendo la possibilità di vincere la causa attraverso la semplice dimostrazione che le politiche attuate hanno, di fatto, avuto un impatto discriminatorio, o meglio sproporzionato, nei confronti di gruppi di lavoratori protetti in ragione dell'età, anche indipendentemente dalla volontà dell'imprenditore di incidere in senso negativo sulla loro posizione. La portata innovativa della pronuncia sta, quindi, nel rimuovere la necessità del requisito dell'intenzione discriminatoria fino ad ora richiesto dalle corti federali al fine di riconoscere la sussistenza di una discriminazione del lavoratore a motivo dell'età.

La controversia che ha come protagonisti gli ufficiali di polizia di Jackson è, infatti, giunta alla Corte dopo che la Corte del distretto federale di Jackson e la Corte d'Appello del V Circuito di New Orleans hanno letto nella legge del 1967 la necessità della prova della discriminazione intenzionale, giudicando, di conseguenza, il ricorso per semplice impatto discriminatorio da questo provvedimento né contemplato né autorizzato.

Ma l'inversione di tendenza che essa provoca rispetto all'orientamento prevalente delle Corti d'Appello rischia di affievolirsi, fino a scemare, nel momento stesso in cui, comunque, si prefigura una «scappatoia» per gli imprenditori, i quali nelle logiche dominanti del mercato riescono, come dimostra la fattispecie in esame, a trovare il legittimo appiglio che li solleva da ogni responsabilità con riguardo a politiche che rischiano di andare ad impattare in modo sproporzionato nei confronti di gruppi di lavoratori non più giovani.

Emerge, in definitiva, lo sforzo del Supremo Giudice americano di bilanciare la garanzia assicurata al lavoratore che intende far valere le discriminazioni originate da politiche in sé neutre ma che indirettamente penalizzano particolari categorie di forza lavoro con le esigenze di competitività delle aziende, concedendo a queste ultime di provare le ragionevoli necessità di mercato che impongono simili strategie.

La pronuncia ha certamente eliminato l'ambiguità che regnava sull'interpretazione della legge federale del 1967, e con tutta probabilità porterà con sé l'effetto di far aumentare i ricorsi per *disparate impact*, costringendo, di riflesso, i datori di lavoro a valutare con maggior attenzione le conseguenze derivanti da meccanismi aziendali capaci di avere ripercussioni variamente incidenti sui lavoratori a seconda dell'età.

---

*certain employment criteria that are rutinely used may be reasonable despite their adverse impact on older workers as a group*».

Essi dovranno cioè assicurarsi, mediante un serio controllo, che le ricadute sfavorevoli sui lavoratori con maggior esperienza lavorativa, siano fondate su giustificazioni ragionevoli al di là del dato anagrafico.

Tuttavia, numerose questioni rimangono tuttora irrisolte: quali motivi possono annoverarsi tra i ragionevoli fattori, oltre l'età, in grado di escludere la responsabilità del datore di lavoro per eventuali effetti discriminatori prodotti verso i lavoratori più anziani? Una riduzione dei costi dell'azienda? L'avanzamento degli impiegati più giovani? O magari politiche che forniscano incentivi economici sulla base della *performance* del lavoratore, e quindi del suo rendimento? Ma ancora, fino a che punto gli imperativi del mercato riusciranno a fungere da accettabili giustificazioni capaci di distogliere pratiche che comunque nuocciono in modo sproporzionato nei riguardi dei lavoratori in età matura dalla categoria delle politiche aziendali atte ad avere un impatto discriminatorio?

Uno spunto, al riguardo, giunge dalla opinione concorrente redatta dal Giudice O'Connor, il quale pur condividendo la decisione di rigettare nel merito il ricorso degli ufficiali di polizia di Jackson, non ritiene i ricorsi per *disparate impact* coperti dall'ADEA, in quanto con l'approvazione di tale atto normativo il Congresso non ha, a suo parere, inteso estendere la tutela giurisdizionale contro le discriminazioni in ragione dell'età a simili tipologie di ricorsi, poiché i datori di lavoro dovrebbero poter godere della flessibilità necessaria ad adottare politiche commerciali suscettibili (seppur involontariamente) di danneggiare i lavoratori più anziani [10].

Anche solamente nel tentativo di tagliare i costi, in assenza di intenti discriminatori, inevitabilmente il datore di lavoro va a colpire quella fascia di manodopera che, impiegata da più tempo, percepisce normalmente stipendi più elevati e maggiori benefici in ragione dell'anzianità di servizio.

E, in effetti, la prestazione professionale della forza lavoro in età matura risulta certamente più onerosa e, peraltro, non sempre tale maggior costo trova un corrispondente incremento sotto il profilo della produttività; anzi se il rapporto età/retribuzione si sviluppa in modo direttamente proporzionale, la relazione che si instaura tra i fattori da ultimo citati (età/rendimento professionale), come lascia intendere la pronuncia analizzata, sembra, invece, snodarsi in termini di inversa proporzionalità [11].

---

[10] V. pagg. 1, 5 e 7.

[11] Allineandosi alle argomentazioni del Giudice Stevens, il Giudice O'Connor provvede ad evidenziare nella sentenza la stretta correlazione che intercorre tra l'età dell'individuo e la sua capacità di svolgere una prestazione lavorativa, sottolineando che, così come «l'abilità fisica di una persona declina con l'avanzare dell'età, allo stesso modo succede, in alcuni casi, anche con riguardo alle capacità mentali».

In definitiva, il Giudice O'Connor sostiene che nella decisione legislativa del Congresso sia rintracciabile unicamente la finalità di colpire i datori di lavoro che si rendano responsabili di discriminazioni arbitrarie verso la manodopera a motivo dell'età, non anche (e semplicemente) di aver messo in pratica politiche che abbiano differentemente inciso sui lavoratori appartenenti a varie fasce di età, in quanto è lo stesso provvedimento del 1967 ad «afferma(re) chiaramente che un simile comportamento è conforme alla legge finché sorretto da un fattore ragionevole che escluda l'età» [12].

## 4. *La condizione di «debolezza» del lavoratore «anziano» all'interno delle logiche che governano il mercato dell'occupazione*

Il tentativo della Corte Suprema di attribuire ai lavoratori non più giovani una più ampia possibilità di tutelare i loro diritti (nell'ipotesi di specie ad un eguale trattamento), allargando lo spettro delle tipologie di ricorso rientranti nella tutela giurisdizionale fornita dall'ADEA può certamente essere valutato come un segnale di maggior sensibilità e apertura verso una problematica che, in ragione delle proporzioni assunte dalla forza lavoro che supera i 40 anni di età, riveste un rilievo centrale nelle dinamiche che vanno governando il diritto al (e del) lavoro, non solo in America ma anche in Europa.

Il progressivo invecchiamento della popolazione dei Paesi industrializzati – dovuto all'allungarsi della vita media degli individui, cui corrisponde però una drastica riduzione della natalità – porta con sé complesse implicazioni sul piano economico e sociale, prima fra tutte l'innalzamento dell'età dei soggetti coinvolti nel circuito lavorativo.

Ciò comporta la necessità di misurare con questa mutata realtà l'idoneità e la «tenuta» degli istituti tipici che tendenzialmente si inseriscono ed accompagnano il segmento «terminale» dell'esistenza umana, *in primis* la protezione sociale e sanitaria ed il sistema pensionistico. Non diversamente, poi, la tendenza demografica che va consolidandosi [13] impone di mettere a fuoco la situazione dei lavoratori anziani.

Pur spostando il discorso ed il punto di osservazione su un piano non omogeneo, questo risvolto della tematica richiede una suddivisione metodologica nella esposizione. Occorre cioè, in proposito, distinguere la fascia di lavo-

[12] V. a pagina 13 della opinione concorrente.

[13] Come sottolineava già la *Risoluzione del* Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in seno al Consiglio, del 29 giugno 1995, relativa all'occupazione dei lavoratori anziani (n. 95/C 228/01), in *G.U.* 2 settembre 1995, n. C 228, 1-3.

ratori prossimi all'età pensionabile – nei confronti dei quali la permanenza al lavoro appare oggi quasi come una risorsa rispetto alla primaria esigenza di assicurare la stabilità e la sostenibilità del regime previdenziale pubblico [14] – dalla differente questione dei lavoratori «non propriamente anziani», ma comunque non più giovani, i quali da un lato sono sprovvisti dei requisiti per ritirarsi dall'occupazione e godere della protezione pensionistica (o almeno di un'adeguata protezione pensionistica) e, dall'altro, per una serie di fattori, soggiacciono al rischio di essere espulsi dal mercato del lavoro a causa dei processi di riorganizzazione dell'attività imprenditoriale, nonché di vedere la propria prestazione lavorativa non più rispondente alle sofisticate istanze del sistema produttivo nel momento in cui si pongono alla ricerca di un nuovo canale di ingresso nel mondo dell'occupazione.

Si rende perciò necessario nei confronti di questa sub-categoria di soggetti individuare le garanzie costituzionali volte ad assicurarne la qualità e dignità del lavoro. Si tratta, infatti, di una tipologia di lavoratori che, pur in costante crescita nel dato numerico, sembra correre il rischio di ingrossare le fila delle fasce di forza lavoro cosiddette «deboli», sotto il profilo del complessivo modello di tutela che potrà ricevere dal futuro scenario economico e normativo [15].

---

[14] Lo dimostra la politica di recente adottata dal Governo volta ad incentivare l'allontanamento della data di ritiro dal lavoro per raggiunti limiti di età: la legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001, in *G.U.* 29 dicembre 2000, n. 302 – S.O., n. 219) prevede all'art. 75, ai fini di incentivare l'occupazione dei lavoratori anziani, la possibilità per i dipendenti del settore privato che abbiano maturato un'anzianità contributiva di almeno 40 anni, prima del raggiungimento dell'età pensionabile (60 anni per le donne e 65 anni per gli uomini) e che decidano di restare in attività per almeno due anni ancora di incrementare l'ammontare della loro pensione con una quota calcolata secondo il metodo contributivo. In attuazione delle disposizioni contenute nel suddetto articolo sono stati successivamente emanati i decreti interministeriali del 23 marzo 2001 (in *G.U.* 18 maggio 2001, n. 114) e 29 gennaio 2004 (in *G.U.* 5 maggio 2004, n. 104).

[15] Occorre sul punto sottolineare che nel contesto europeo la direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 (in *G.U.* 2 dicembre 2000, n. L. 303, 16 ss.), volta a stabilire «un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro», afferma nel preambolo che «Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione». Essa, pertanto, (art. 1) inserisce l'età tra i fattori di discriminazione (diretta e indiretta) non ammessi nel campo del lavoro in ambito comunitario. E tale divieto trova fondamento anche nella Carta europea dei Diritti (art. 21), oggi inserita nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (firmato a Roma dagli Stati membri il 29 ottobre 2004), il quale, pertanto, all'art. II-81 affianca lo *status* anagrafico dell'individuo ai molteplici motivi (tra cui la lingua, la razza, il sesso, il colore della pelle, l'origine etnica e sociale, ma anche le caratteristiche genetiche, il patrimonio, l'orientamento sessuale, ecc. …) capaci di dare origine a qualsiasi forma di discriminazione della persona.

## 5. *Un'«incursione» nell'esperienza italiana. Tutela del lavoratore in età matura* versus *efficienza della Pubblica Amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il caso dell'ordinanza n. 268/2001*

Questa prospettiva è chiaramente evidenziata dalla decisione in commento, che senza dubbio riflette una maggior consapevolezza circa la delicata situazione in cui versa la classe di lavoratori da ultimo richiamata in un mercato dell'occupazione dominato ormai dalle logiche della flessibilità, sia per quanto concerne l'ingresso nel (e l'uscita dal) mondo del lavoro, sia in ordine all'organizzazione delle prestazioni lavorative, ma anche delle richieste concernenti le attitudini individuali della forza lavoro, le quali si modificano e si affinano di pari passo con l'evolversi delle tecnologie.

Nondimeno, appare riduttivo affrontare la questione delle condizioni dei lavoratori in età avanzata arrestandosi ai (pur necessari) strumenti e rimedi giurisdizionali, i quali peraltro mostrano di cedere il passo di fronte alle impellenti, quanto sovrane (anche se ragionevoli), esigenze del mercato.

Una simile constatazione sembra potersi dedurre anche da una pronuncia della Corte costituzionale avente ad oggetto una modifica normativa di particolare rilievo in rapporto alla tematica in esame.

Più precisamente, la legge 191/1998 (Bassanini *ter*), intervenendo sull'art. 3, 7° comma della legge 127/1997 in tema di pubblici concorsi, ha aggiunto il periodo secondo cui «*se due o più candidati ottengono*, *a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame*, *pari punteggio*, *è preferito il candidato più giovane di età*». Ciò che conferma, anche con riguardo all'area del pubblico impiego, la preferenza accordata ai lavoratori più giovani.

In sede di controllo di legittimità costituzionale in via incidentale, il Giudice delle leggi ha ritenuto (ordinanza n. 268/2001) [16] non in contrasto con il principio di ragionevolezza (art. 3, I comma, Cost.) il diverso titolo preferenziale introdotto dalla novellata disciplina, il quale va a ribaltare (ad avviso del giudice *a quo* «senza che vi soccorra un'adeguata giustificazione») il fondamentale criterio [17] a favore dell'assunzione del candidato più anziano in ragione della tendenziale diminuzione delle sue future opportunità di inserimento professionale.

La discrezionalità che appartiene al legislatore nel determinare i requisiti attinenti all'età dei concorrenti [18] non sconfina secondo la Consulta, nel caso

---

[16] In *Giur. cost*., 2001, 2239 ss., con nota di A.M. NICO, *La Corte costituzionale tra affidamento* e *jus superveniens*, 2248 ss.

[17] Cfr. artt. 5 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 e 5, d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, modif. dal d.p.r. 30 ottobre 1996, n. 693.

[18] Già affermata in precedenza nella sent. 30 dicembre 1997, n. 466, in *Giur. cost*., 1997,

di specie, in arbitrio, inserendosi la disposizione legislativa sottoposta al suo sindacato «in un progetto riformatore che ha per obiettivo di coniugare il principio di solidarietà con quello di efficienza della pubblica amministrazione», il quale, nell'ottica della privatizzazione del pubblico impiego, si ispira altresì «ad un ampio rinnovamento del personale amministrativo, particolarmente investendo in risorse umane giovani e meritevoli, sì da garantire un servizio più efficiente e duraturo».

Da queste parole, tra le due sfere di interessi oggetto di una mediazione legislativa giudicata conforme a Costituzione – la tutela del lavoratore più debole ed il valore dell'efficienza della P.A., articolato anche nella garanzia di un servizio durevole nel tempo, – sembrerebbe essere il secondo termine di paragone ad occupare una posizione predominante, mentre la protezione sociale del lavoro pare arrestarsi di fronte al principio dell'efficacia dell'azione amministrativa.

Nondimeno, nonostante non si evinca direttamente dalla pronuncia, il bilanciamento sottoposto al sindacato costituzionale sembra svilupparsi e snodarsi in modo molto più complesso di quanto possa in apparenza raffigurare la semplice contrapposizione comprendente la solidarietà verso i lavoratori anziani da un lato, ed il valore del buon andamento della P.A. *ex* art. 97 Cost., dall'altro.

Occorre, cioè, riuscire a leggere anche tra le righe della citata ordinanza, e in particolare nelle sfumature proprie dei contenuti racchiusi nei due gruppi di interessi posti a raffronto dalla Corte, per rendersi conto che il principio di solidarietà si dirige verso ogni ipotesi di debolezza sociale che emerga in ciascun contesto in cui tale canone è suscettibile di essere chiamato in causa, e che, perciò, nel caso specifico, esso si divide necessariamente tra la particolare attenzione che il legislatore deve riservare alla situazione della manodopera più anziana come ad altri scenari «deficitari» che ad essa si affianchino, i quali nella fattispecie in esame rimandano immediatamente alla tutela sociale che del pari abbisogna il fenomeno della disoccupazione giovanile.

Allo stesso modo, il concetto di efficienza della Pubblica Amministrazione – assunto, sembra, dal Giudice costituzionale in qualità di interesse «dominante» – si compone (e in tale veste non può che essere stato considerato dalla Corte) anche del valore aggiunto che è intrinseco alla prestazione lavorativa fornita dal dipendente che vanta una maggiore esperienza professionale.

Ecco perché la semplicità della formula esplicitamente richiamata dalla Consulta non rende immediatamente evidenti la delicatezza e la difficoltà del compito ad essa rimesso di individuare un equilibrato assetto nella pondera-

---

4075 ss., secondo cui spetta appunto al legislatore «stabilire i requisiti di età per l'accesso ai pubblici impieghi (…) purché i detti requisiti non siano determinati in modo arbitrario e irragionevole».

zione delle supreme istanze costituzionali di solidarietà sociale e di buon funzionamento della P.A.

## 6. *La necessità di andare oltre una tutela meramente giurisdizionale: il ruolo della formazione professionale (specialmente continua) nella protezione sociale del diritto al lavoro dei soggetti non più giovani*

Per concludere, la sensazione che si ricava dal quadro delineato dalla pronuncia della Corte Suprema Americana è che la complessità della problematica trattata richieda un approccio su più fronti e multidisciplinare, capace di mettere in campo una pluralità di strumenti attraverso i quali il lavoratore possa sostenere le ineliminabili tendenze alla modernizzazione del mercato dell'occupazione.

La riflessione si sposta, perciò, in un'ottica più ampia, dalla sfera della tutela giurisdizionale alla analisi delle situazioni giuridiche capaci di fornire al singolo concrete possibilità di «sopportare» gli oscillanti andamenti dell'organizzazione della produzione e del lavoro. E il riferimento va in special modo agli istituti della formazione professionale e permanente che lo Stato si impegna ad offrire all'individuo e che sembrano rivestire, particolarmente nei confronti della categoria di soggetti considerata, una non trascurabile «collocazione» in rapporto al «bene» lavoro.

Lo stesso Giudice delle leggi ha del resto evidenziato come nel nostro ordinamento tali istituti possano ricoprire un ruolo fondamentale nei confronti della emancipazione di fasce «protette» in ambito lavorativo, come ad esempio le persone disabili [19], e analoghe considerazioni sembrano ora potersi svolgere anche in ordine ai lavoratori in età matura, protagonisti della vicenda giunta di fronte alla Corte Suprema americana.

Nello specifico, si ritiene che la relazione che viene ad instaurarsi tra gli istituti presi in considerazione ed il tema della complessiva condizione dei lavoratori più anziani possa rappresentarsi in termini di stretta interdipendenza, e di necessaria influenza dei primi nei confronti del principio che la Costituzione ha posto a fondamento della Repubblica [20]. Quasi al punto da poter con-

---

[19] Cfr. Corte cost. 29 maggio 2002, n. 219 (in tema di diritto all'istruzione) e 9 luglio 2002, n. 329 (in tema di diritto alla formazione professionale), in *Giur. cost.*, 2002, rispettivamente 1684 ss. e 2538 ss. Per un commento, sia consentito rinviare a P. TORRETTA, *Diritto alla formazione (scolastica e professionale) e logiche dell'eguaglianza sostanziale: appunti dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2003, I, 1022 ss.

[20] Sul valore che il lavoro riveste nell'art. 1 Cost., v. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, 2.

figurare i diritti alla qualificazione professionale ed alla formazione permanente strumenti che se per il lavoratore di qualsiasi età risultano indispensabili ai fini del radicamento e consolidamento della propria posizione sul mercato del lavoro [21], con riguardo al lavoratore non più giovane – nella cui formazione il momento della specializzazione delle conoscenze ha senza dubbio trovato uno spazio minore – giungono ad assumere altresì il valore aggiunto di componenti inscindibili del suo stesso diritto al lavoro.

La norma costituzionale in tema di formazione professionale (art. 35, 2° comma), creando nel singolo aspettative di garanzia di opportunità idonee all'acquisizione delle competenze necessarie al raggiungimento dei più alti livelli di vita professionale, e più in generale di promozione sociale, impone allo Stato precisi compiti per conformare la propria azione ai principi congiuntamente espressi dagli artt. 1 e 4 Cost.

Tale constatazione trova conferma nel raffronto testuale tra la parte finale dell'art. 4, 1° comma, Cost., secondo cui «*la Repubblica …promuove le condizioni che rendano effettivo*» il diritto all'occupazione ed il 2° comma, dell'art. 3 Cost., che ne sancisce l'impegno a rimuovere gli ostacoli che impediscono la partecipazione e lo sviluppo della persona; una comparazione che mostra la «somiglianza» anche sotto l'aspetto linguistico tra le due disposizioni richiamate, ed evidenzia altresì come il compito richiesto dalla norma costituzionale che riconosce la libertà del lavoro altro non sia che una specificazione del più ampio principio di eguaglianza dei singoli in termini di condizioni effettive [22].

---

[21] Laddove infatti alcune spinte e meccanismi che emergono dal tessuto economico appaiono tali da porre in discussione anche i connotati più essenziali del diritto al lavoro, la necessità di ricercare forme alternative di protezione di «livelli minimi di stabilità dell'occupazione» che tutelino il nucleo fondamentale ed inviolabile di questo diritto sociale (art. 2 Cost.), non può che valorizzare gli istituti (formazione scolastica e specifica) che concorrono a fare del lavoro un bene che «appartenga in modo tendenzialmente continuativo ed il più a lungo possibile» all'individuo, consentendo di «controbilanciare» le situazioni di incertezza originate dalle trasformazioni in atto.

Il modello della flessibilità dell'impiego, capace di comportare il rischio di essere «espulsi» dal circuito lavorativo, esige invero dal singolo quelle caratteristiche e attitudini tecniche che si rivelano di volta in volta in grado di agevolarne il successivo reinserimento, così da stringere un forte legame tra il diritto all'occupazione e quel processo di apprendimento costante che si esplica nell'intero arco di vita della persona, peraltro ora espressamente riconosciuto anche dalla Carta europea dei diritti, che all'art. 14 menziona, accanto alla qualificazione professionale, il diritto alla formazione permanente. Sul punto, G. DEMURO, *Art. 14*, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 120 ss.

[22] In merito alla accezione del lavoro come strumento di realizzazione del disegno costituzionale di pieno sviluppo dell'individuo (artt. 2 e 3, 2° comma) e di crescita materiale e spirituale della società (art. 4, 2° comma), v. N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, 2ª ed., Milano, 1995, 87 ss.

Ne consegue che il grado di tutela e di effettività delle posizioni giuridiche aventi ad oggetto la crescita professionale dell'individuo non può dunque che ripercuotersi sulla concretezza della situazione di vantaggio attribuita dall'art. 4, oltre che sulla libertà che la Carta Fondamentale riconosce nella scelta della prestazione lavorativa esercitata nell'ambito della comunità e sul valore sociale dalla stessa assegnato alla persona in virtù dell'impiego svolto (art. 1 Cost.) [23].

E se tale assunto è valido con riguardo a qualsiasi individuo che si affacci al mondo dell'occupazione, esso risulta ancora più pregnante nei confronti di coloro che in ragione dell'età incontrano difficoltà maggiori ad inserirsi, a rimanere, ovvero a reinserirsi (in caso di disoccupazione sopravvenuta) nel mercato del lavoro.

La particolare configurazione che i diritti alla formazione professionale e all'apprendimento permanente vengono a rivestire in rapporto al diritto al lavoro [24] dei soggetti non più giovani si manifesta con riguardo all'insieme degli aspetti che concorrono a determinare la connotazione di «debolezza» propria della loro condizione, comprendente non solo (come nel caso di specie) la questione del trattamento economico ma anche la tutela contro il licenziamento, le prospettive di occupazione – che sembrano diminuire in proporzione al crescere dell'età –, nonché la necessità di un aggiornamento continuo delle competenze professionali.

Iniziando dal rischio dell'esclusione precoce dal circuito lavorativo, con le conseguenti difficoltà a trovare un nuovo impiego, appare evidente come le richiamate posizioni giuridiche soggettive si pongano come fondamentali «*chances*» per accrescere attitudini tecniche e adeguare le proprie capacità lavorative alle mutevoli e «flessibili» esigenze della produzione [25], allo scopo di conseguire un titolo «spendibile» e continuamente aggiornato sul mercato del lavoro.

E ciò soprattutto con riguardo alla tendenza a favorire un continuo «ricambio» della manodopera con lavoratori più giovani ritenuti maggiormente pre-

---

[23] Così, in riferimento al diritto all'istruzione, M. MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 341; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, *op. cit.*, 98, il quale mette in luce come nell'ambito del dibattito in Assemblea Costituente si sottolineava che il significato del diritto allo studio consiste nel «ricevere un'adeguata istruzione ed educazione (…) per l'assolvimento dei compiti sociali», tra i quali il lavoro occupa senza dubbio una posizione di preminenza.

[24] In relazione al diritto allo studio, è M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993, 1, a sottolineare come tale situazione giuridica soggettiva, accanto alla componente negativa (di libertà), presenti anche un aspetto positivo che conferisce al diritto all'istruzione la connotazione di diritto sociale, la quale a sua volta deriva dall'essere il diritto allo studio connesso ad altri diritti, tra cui quello al lavoro.

[25] In tal senso, relativamente alla formazione professionale, M. NAPOLI, *Rapporti economici (artt. 35-46)*, in G. BRANCA (a cura di),*Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, *sub*. art. 35, II comma, 24.

disposti (e in grado di meglio adattarsi) ai repentini cambiamenti nell'organizzazione dell'attività imprenditoriale, nonché in grado di rispondere con più efficienza alle mansioni richieste dalle avanzate tecnologie.

È evidente infatti che, se in linea generale e per qualunque lavoratore dal «principio della libertà del lavoro» [26] non può desumersi la pretesa di ottenere un'occupazione [27], né tanto meno un diritto alla conservazione del posto acquisito [28] che attribuisca alla posizione costituzionalmente assicurata dall'art. 4 Cost. un significato di stabilità dell'impiego, il valore attuale del diritto fondamentale all'occupazione non può che evolvere verso un «nuovo» e «più ampio» contenuto, volto necessariamente a comprendere anche gli strumenti della qualificazione e formazione professionale, in quanto autonomi diritti ma, al tempo stesso, elementi di un ulteriore e «più ampio» diritto, in grado di «suscitare *quelle* occasioni» [29] che rendono possibile l'esercizio e rafforzano la garanzia della «più estesa» libertà di cui sono parte.

Il concetto di lavoro, inteso quale diritto-valore che «appartiene» alla persona [30], impone infatti di interrogarsi sulla valenza del carattere della «conti-

---

[26] L'espressione è di M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 73. In tal senso anche C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al lavoro*, in *Pol. del dir.*, n. 1, 1995, 9.

[27] Di tale opinione è C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 44; R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, cit., 4. *Contra*, ma nell'ambito di una concezione del diritto al lavoro e della Costituzione economica (ben descritta in C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, 54 ss.) fortemente condizionata da un contesto storico-politico (ormai da considerarsi superato) fondato su una lettura radicale del principio dell'eguaglianza sostanziale in chiave di trasformazione sociale (la «rivoluzione promessa» di cui parlò Piero Calamandrei), v. G.F. MANCINI, *Principi fondamentali (art. 1-12)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., *sub* art. 4, 233 ss.

[28] Di questo avviso anche M. D'ANTONA, *The Right to Work in the Italian Constitution and in the European Union*, in *Working Papers*, 1/2002, Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», 4, in cui l'Autore afferma: «*the right to work, as a right enjoyed by the "*social individual*", irrespective of the policies needed to make it effective by increasing job opportunities, consists of guaranteeing formal and substantial equality between individuals within the limits of the amount of jobs availab …*», e ancora «*It is not the same as the right to obtain a job via state intervention nor does it guarantee job stability*».

[29] Così afferma M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 116, indicando quel particolare compito dei pubblici poteri che contribuisce a determinare uno dei contenuti del diritto al lavoro. Il corsivo è nostro; in tal senso, anche R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro I) Disciplina costituzionale*, cit., 5 e 8, secondo cui tra i contenuti dell'impegno assunto dal legislatore verso il riconoscimento del diritto al lavoro vi è quello di «mentovare i provvedimenti rivolti a favorire la preparazione di nuove leve al lavoro» da cui, ad avviso dell'Autore, consegue che la tutela del lavoro «non può andare disgiunta (…) dalla cura della formazione professionale e della elevazione professionale dei prestatori d'opera».

[30] Di tale avviso, A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1989, 23; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, cit., 49.

nuità» nello svolgimento della prestazione professionale, pur se tale principio tuttavia non può certo condurre, come sostenuto dalla Corte costituzionale [31], ad un regime di stabilità assoluta.

Esso in primo luogo contrasterebbe con la tutela costituzionale della libertà di iniziativa economica (art. 41, 1° comma), nei cui confronti non è rilevabile nella Carta Fondamentale una diretta «funzionalizzazione» all'utilità sociale [32], ma più semplicemente il compito del legislatore di ricercare un giusto e ragionevole equilibrio tra il suo libero esplicarsi e le finalità di sviluppo umano prescritte dall'art. 3, 2° comma, Cost., da cui consegue l'esigenza di porre rimedio agli effetti «distorti» che potrebbero derivare dall'esercizio di questa libertà costituzionale e avere ricadute sulla sicurezza (in specie sociale), libertà e dignità dell'individuo (art. 41, 2° comma).

Tuttavia, di fronte ad un simile contesto, occorre chiedersi se, con riferimento alla specifica tematica trattata e alle ricadute che la flessibilità del lavoro produce sui lavoratori in età matura, non vi sia davvero più spazio per un intervento volto a conservare la funzione di garanzia e di coesione propria del-

---

[31] Cfr. Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45, in *Giur. cost*., 1965, 655 ss., V. CRISAFULLI (con nota di), *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*; 14 aprile 1969, n. 81, in *Giur. cost*., 1969, 566 ss.; 11 giugno 1980, n. 89, in *Giur. cost*., 1980, 728 ss.; 1° gennaio 1983, n. 15, in *Giur. cost*., 1983, 53.

Considerazioni analoghe il Giudice costituzionale ha espresso anche più di recente con riguardo all'ormai affievolito dibattito circa le proposte di sospensione parziale della «tutela reale» contro il licenziamento senza giusta causa prevista dall'art. 18, legge n. 300/1970, prospettata come soluzione che, attenuando la rigidità delle garanzie del lavoro, avrebbe dovuto favorire nuove opportunità di assunzione. Con la sent. 7 febbraio 2000, n. 46 (in *Giur. cost.*, 2000, 360 ss.) la Corte ha giudicato ammissibile il referendum abrogativo sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori (rimasto comunque privo di effetti a causa del mancato raggiungimento del quorum di partecipazione), ritenendo tale norma non l'unica (e quindi costituzionalmente necessaria), ma una delle misure individuate discrezionalmente dal legislatore attraverso cui può trovare attuazione la garanzia costituzionale del diritto sociale al lavoro. Più specificamente, nella citata decisione si afferma che anche una volta rimossa la norma in questione, non verrebbe a mancare un'adeguata protezione nei confronti del licenziamento illegittimo, «in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108». E a questi strumenti di garanzia è da aggiungere ora anche la tutela contro l'ingiustificato licenziamento espressamente fornita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 31) che, inserita nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (firmato a Roma dagli Stati membri il 29 ottobre 2004), ha acquisito piena efficacia giuridica. In argomento, v. E. PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: una cronaca*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 206; M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'unione politica*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Milano, 2001, 152.

[32] In tal senso, G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 3; M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 155; U. BELVISO, *Il concetto di «Iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 152. *Contra*, però, v. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav*., I, 1954, 149.

lo Stato sociale, capace di preservare, all'interno delle dinamiche e delle tensioni prodotte dalle esigenze di modernizzazione dell'economia e del lavoro, una dimensione sociale ad un processo di evoluzione economica e (conseguentemente) normativa suscettibile di innescare logiche capaci di incidere in senso negativo sulle condizioni e sulla qualità della vita delle fasce di lavoratori più deboli.

E nell'ambito di uno scenario normativo in cui la «protezione del lavoro» sembra «assottigliarsi», la formazione e la riqualificazione professionale possono senza dubbio annoverarsi tra gli scopi primari di un'adeguata politica dell'occupazione [33] che attribuisca ai lavoratori di ogni età i necessari «elementi costitutivi» del diritto al lavoro che «dal suo interno» agiscono al fine di creare le opportunità per un impiego di qualità e i presupposti per assicurare la continuità non del posto di lavoro, ma dell'esercizio della libertà di lavorare.

Con riguardo, invece, al diverso profilo, sottolineato nella pronuncia della Corte Suprema, dell'incidenza del dato anagrafico sul rendimento della prestazione lavorativa, potendo l'età influire sulla cosiddetta *performance* del soggetto lavoratore, è da precisare che tale legame, in ogni caso, non può certo divenire un momento di discriminazione [34], ma anzi, in linea con il disegno costituzionale che a logiche meramente assistenzialistiche antepone l'emancipazione dell'individuo e la valorizzazione di ogni sua capacità (anche «residuale»), esso implica un maggiore impegno nella predisposizione di strumenti, quali l'accesso a programmi di riqualificazione e aggiornamento delle conoscenze, che non solo siano in grado di «attenuare» il più possibile il «declino» delle attitudini del lavoratore anziano, ma altresì di potenziarne il patrimonio di competenze e professionalità.

---

[33] In tal senso, T. TREU, *Relazioni industriali e cambiamento: il punto di vista dell'Europa*, in *Il Mulino*, n. 3, 2002, 526; B. TRENTIN, *Il lavoro e l'Europa: silenzi ed errori della sinistra*, in *Democrazia e dir.*, 1, 2001, 73, il quale ritiene la formazione lungo tutto l'arco della vita della persona un «diritto individuale fondamentale» e la «condizione per accettare uno scambio possibile tra una flessibilità e una mobilità governate».

[34] Tale logica si dimostrerebbe, infatti, in contrasto con la citata direttiva n. 2000/78/CE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (in *G.U.* 13 agosto 2003, n. 187), il quale all'art. 3 sancisce che «Il principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale secondo le forme previste dall'art. 4, con specifico riferimento alle seguenti aree: *a*) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; *b*) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento; *c*) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; *d*) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori di lavoro o di altre organizzazioni professionali Vprestazioni erogate dalle medesime organizzazioni».

Ciò in linea con l'orientamento ormai diffuso in ambito europeo teso alla valorizzazione dell'apprendimento permanente durante la vita lavorativa dell'individuo [35] con lo scopo di promuoverne l'occupabilità e la professionalità, nell'ambito di un approccio che, alla luce sia delle esigenze di flessibilità dell'economia sia dei riflessi che l'avanzare dell'età inevitabilmente produce sull'esecuzione della prestazione lavorativa, fornisca al lavoratore gli strumenti per mantenere e accrescere le proprie risorse umane.

La formazione professionale e permanente sembrano dunque rientrare tra le condizioni da soddisfare al fine di predisporre un completo piano di protezione (sociale oltre che giurisdizionale) e di promozione del lavoro dei soggetti non più giovani.

È infatti nel momento formativo che dovrebbero realizzarsi le condizioni di uguaglianza sostanziale integranti i contenuti dell'art. 3 Cost, II comma che si riallacciano alla libertà del lavoro, ovvero quelle garanzie indispensabili ad «assorbire» l'incessante istanza di adeguatezza delle attitudini lavorative alle mutevoli esigenze della riorganizzazione dei sistemi produttivi [36].

In un contesto di insufficiente radicamento dei presupposti dell'uguaglianza sostanziale nella «distribuzione» [37] delle opportunità di formazione professionale e continua, difficilmente i rimedi giurisdizionali accordati ai lavoratori anziani riusciranno, visti gli attuali preminenti meccanismi diretti a correggere in «senso flessibile» il mercato dell'occupazione, a circondare il diritto al lavoro di una garanzia effettiva e paritaria, perché non legata al fattore anagrafico.

Muovendo invece dal terreno della formazione permanente, un più incisivo coinvolgimento di tali soggetti in sistemi di educazione e addestramento continuo, che riducano da un lato il rischio di espulsione dal circuito lavorativo e rafforzino dall'altro le occasioni di inserimento professionale, potrebbe rappresentare una strategia idonea a garantire un più elevato tasso di occupazione della manodopera in età avanzata, e quindi la risposta alla esigenza di accorda-

---

[35] Così si è sostenuto nei Consigli europei di Lisbona del 2000 e di Stoccolma 2001. Sul punto v. anche comunicazione della Commissione del 21 novembre 2001, COM (2001) 678. In argomento, M. COCCONI, *L'istruzione e la formazione professionale tra coordinamento comunitario e funzioni nazionali*, *in Le Istituzioni del Federalismo*, nn. 2/3, 2004, 304 ss.

[36] Sotto questo profilo, ed in un'ottica più ampia, esprime una perfetta sintesi dei contenuti dell'art. 3, II comma, Cost. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 4, quando, nel descrivere le tensioni racchiuse nella norma citata e volte alla ricerca continua dei più adeguati «modelli di concretizzazione» dell'eguaglianza materiale, e dunque dei più opportuni interventi sulle condizioni sociali dell'individuo, parla di «… interrogazione incessante, che non ha fine, di fronte alla quale non c'è equilibrio raggiungibile una volta per tutte, un "ottimo" che può stabilizzarsi su livelli non reversibili …».

[37] Sul concetto di «eguaglianza distributiva» v. A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, Napoli, 1999, *passim*.

re a tale categoria di lavoratori (tendenzialmente) le stesse opportunità di partecipare al mercato del lavoro di cui dispongono i colleghi più giovani.

In definitiva, l'uniforme fruibilità del diritto alla formazione, ad ogni età e in condizioni di eguaglianza, sembra apparire a sua volta in grado di attribuire a tutti gli individui, senza distinzione di età, uguali possibilità di esercizio della libertà del lavoro e, di conseguenza, sembra porsi come la chiave per dare una lettura delle dinamiche della flessibilità in termini di mobilità professionale, anziché di precarietà, per ogni lavoratore, indipendentemente dalla sua condizione anagrafica.

Ed è forse questa, allargando ancora una volta la prospettiva di analisi della tematica trattata, la ragione che ha indotto la Corte costituzionale ad inserire la dimensione non pubblica della formazione professionale, ovvero quella «attività formativa svolta in azienda anche nella prospettiva di «una formazione superiore in alternanza tale da garantire il raccordo tra i sistemi dell'istruzione e della formazione», all'interno degli spazi raggiungibili e condizionati da logiche unificanti capaci di attivare la competenza legislativa esclusiva dello Stato [38].

Più propriamente, è alla materia dell'ordinamento civile (art. 117, 2° comma, lett. *l*) che la formazione aziendale viene (direttamente) ricondotta, in ragione della sua attinenza al «sinallagma contrattuale». Infatti, mentre la potestà legislativa delle Regioni può (sebbene nel rispetto delle clausole unitarie) esplicarsi pienamente con riguardo agli istituti della «istruzione e formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possono approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengono stipulati accordi», la regolazione dei profili formativi «somministrati» dal datore di lavoro ai propri dipendenti, in quanto connaturata «alla causa mista propria dei contratti a contenuto formativo», non può, ad avviso del Giudice delle leggi, ritenersi ricompresa nelle competenze regionali, rientrando negli aspetti della libertà del lavoro inerenti ai rapporti individuali e alla disciplina sindacale e perciò ascrivibili alla legislazione statale in materia di ordinamento civile.

E lo schema di riparto individuato dalla Consulta sembra peraltro incasellarsi, e trovare altresì conferma, in un più ampio scenario di previsioni costituzionali integranti «prerogative» del legislatore nazionale [39] – quali *in primis* la tutela dei livelli essenziali (art. 11, 2° comma, lett. *m*), ed il divieto di limitare l'esercizio del lavoro in tutto il territorio del Paese (art. 120, 1° comma), ma

[38] Corte cost., n. 50/2005, considerato in diritto punto 15.

[39] Sul punto v. A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, n. 6, 2003, 1100 ss.

anche la salvaguardia dell'unità giuridica ed economica della Repubblica (art. 120, 2° comma), la tutela della concorrenza (art. 117, 2° comma, lett. *e*) e senza trascurare nemmeno la dimensione nazionale che l'art. 39 attribuisce alla contrattazione collettiva – che, proprio all'interno del progetto costituzionale di eguaglianza sostanziale, sono chiamate a svolgere un ruolo uniformante e di omogeneizzazione delle condizioni di protezione e di garanzia con riguardo all'esercizio del diritto sociale al lavoro [40].

[40] L'impostazione adottata dalla Corte costituzionale trova un riscontro anche in un modello di forte decentramento come quello dello Stato federale tedesco. Con la sent. 24 ottobre 2002 (2BvF, in *NJW* 2003, 41, su cui v. ancora A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, cit., 1073 e 1102), il BverfG ha giudicato la conformità alla legge fondamentale di una legge federale in materia di assistenza agli anziani, con particolare riferimento alla disciplina della formazione professionale degli operatori dediti a tale servizio. A sostegno della propria decisione circa l'insussistente lesione della competenza dei Länder, il Tribunale costituzionale federale ha utilizzato il parametro dell'unità economica (art. 72, 2, GG), che si dimostra capace di fungere da rigoroso criterio di limitazione del valore autonomistico laddove eventuali condizioni difformi nelle opportunità di accesso al lavoro in ragione dello svolgimento di tale principio potrebbero «pregiudicare l'intero settore economico tedesco ed influire sull'addensamento o sulla rarefazione delle risorse giovanili in determinati territori …».

# L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NELLE PRONUNCE COSTITUZIONALI CHE MANIPOLANO PIÙ VOLTE LO STESSO TESTO LEGISLATIVO

*di Luciana Pesole*

SOMMARIO: 1. L'orientamento di fondo della giurisprudenza costituzionale sul principio di non discriminazione: il rispetto per la discrezionalità legislativa. – 2. La peculiarità delle ipotesi in cui la Corte, in nome del principio di non discriminazione, modifica più volte lo stesso testo legislativo. – 3. La stretta connessione al caso concreto e la frammentazione del dispositivo normativo manipolato dai plurimi interventi della Corte.

## 1. *L'orientamento di fondo della giurisprudenza costituzionale sul principio di non discriminazione: il rispetto per la discrezionalità legislativa*

L'attuazione del principio di non discriminazione si realizza attraverso una suddivisione dei ruoli tra legislatore e Corte costituzionale che, quanto meno sul piano teorico, risulta essere abbastanza chiara: il primo è chiamato a scegliere (in quali «forme storiche» garantire tutela ai soggetti deboli), la seconda a controllare (la ragionevolezza delle scelte effettuate in sede politica) [1].

Le analisi dottrinali dedicate all'argomento, però, hanno riscontrato che in realtà l'atteggiamento della Corte costituzionale assume connotati diversi, a seconda del tipo di intervento compiuto dal legislatore. La posizione che viene assunta dalla Corte, cioè, non è sempre la stessa, ma cambia in base ai diversi modi in cui il legislatore si pone di fronte ad eventuali situazioni di diseguaglianza. Più precisamente sono state individuate tre diverse possibili prese di posizione del legislatore, che danno luogo conseguentemente ad altrettante linee di condotta da parte della Corte [2].

---

[1] Cfr. M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. del dir.*, 1999, 37.

[2] Così M. AINIS, *op. cit.*, 38 ss. e in senso conforme, L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*, in questo volume, par. 5.4.

Laddove il legislatore omette di intervenire, nel senso che non pone in essere alcuna forma di tutela dell'interesse «debole», la Corte non (può) svolge(re) alcuna forma di supplenza, per il semplice fatto che è impossibile tutelare in forma giurisdizionale qualcosa che non esiste [3]. Quindi l'inerzia del legislatore impedisce alla Corte l'effettuazione di qualsiasi forma di controllo. Le situazioni di debolezza non tutelate a livello normativo, proprio perché tali, finiscono con il non poter essere garantite neanche attraverso il sindacato di legittimità costituzionale.

Vi sono, poi, le ipotesi in cui il legislatore è intervenuto, ma in modo inadeguato. Una disciplina legislativa volta a tutelare una situazione di debolezza esiste, ma senza essere sufficientemente compiuta. In casi del genere i presupposti per un intervento del giudice delle leggi vi sarebbero (dal momento che esiste una normativa suscettibile di essere colpita dalla declaratoria di incostituzionalità), ma ciò nonostante l'atteggiamento predominante della Corte rimane restio ad esercitare un controllo che giunga fino all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale. Il timore di privare del tutto di tutela l'interesse debole in questione induce, infatti, la Corte a «salvare» la normativa dalla declaratoria di incostituzionalità, secondo la logica del «meglio di niente». Eliminare una disciplina incompleta il più delle volte significa lasciare la situazione di debolezza (che era parzialmente tutelata da tale disciplina) sprovvista di ogni forma di protezione a livello normativo. Diviene così preferibile mantenere in vita una legislazione incompleta, piuttosto che provocare una situazione di vuoto normativo. Alla fine, quindi, l'atteggiamento del giudice costituzionale in questa seconda situazione risulta essere non molto diverso da quello riscontrato nell'ipotesi precedente (caratterizzata, come si è visto, dalla totale assenza di disciplina legislativa e dalla conseguente impossibilità di svolgere il sindacato di legittimità costituzionale).

Paradossalmente le uniche ipotesi che possono portare la Corte a compiere un intervento significativo, che non si limita ad un mero accertamento (più o meno implicito) dell'incostituzionalità ma si spinge fino a dichiararla espressamente [4], sono proprio quelle in cui il legislatore ha adottato una disciplina

---

[3] Come sottolinea M. AINIS, *op. cit.*, 38, anche le tecniche ritenute maggiormente creative, quali le sentenze additive, presuppongono comunque l'esistenza di una base normativa su cui intervenire.

[4] Come è noto, nelle ipotesi simili a quelle indicate nella seconda situazione esaminata nel testo, che inducono al mantenimento in vigore di una normativa non del tutto rispondente al dettato costituzionale, al fine di evitare il vuoto normativo che si verrebbe a creare con la declaratoria di incostituzionalità, può succedere che la pronuncia costituzionale venga formulata con una motivazione in cui si accerta l'incostituzionalità (e si sollecita il legislatore ad intervenire per eliminarla) e con un dispositivo in cui si dichiara, invece, l'infondatezza (o l'inammissibilità) della questione. Sul punto v. per tutti A. BUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 154 ss.

sufficientemente adeguata, nel senso che ha fornito ad una determinata categoria di soggetti deboli una tutela che risponde ad un disegno compiuto. Lo spazio per un controllo di costituzionalità maggiormente incisivo si ha, quindi, laddove sussiste più completezza a livello normativo.

In casi del genere il sindacato costituzionale si distingue comunque per svolgersi sul piano della ragionevolezza [5]. La Corte, cioè, può verificare se le scelte che stanno a monte della normativa in questione risultino ragionevoli, ma evitando sconfinamenti nell'ambito destinato alla politica legislativa. Più precisamente, l'intervento della Corte «non si sostituisce a quello del legislatore, ma piuttosto lo prosegue, lo razionalizza rendendolo conforme al principio d'eguaglianza» [6].

Al legislatore spetta il compito di dare attuazione al programma costituzionale di difesa dei più deboli (quale risulta, in particolare, dall'eguaglianza sostanziale sancita dall'art. 3, 2° comma, Cost.), alla Corte spetta il controllo sulla ragionevolezza delle scelte fatte in sede legislativa, ai sensi (anche) dell'eguaglianza formale di cui all'art.3, 1°comma [7].

Da questa rapida panoramica sul rapporto tra Corte e legislatore in merito alla tutela dei soggetti deboli e alla connessa attuazione del principio di non discriminazione emerge, dunque, in maniera netta la tendenza del giudice costituzionale a mantenersi in una posizione di estremo rispetto nei confronti del legislatore stesso. L'orientamento giurisprudenziale predominante è improntato dalla massima prudenza, dettata appunto dalla preoccupazione di non invadere la sfera riservata alla discrezionalità legislativa.

## 2. *La peculiarità delle ipotesi in cui la Corte, in nome del principio di non discriminazione, modifica più volte lo stesso testo legislativo*

Ferma restando la validità di questo orientamento di fondo, è necessario precisare che, nel momento in cui si vengono a creare quelle condizioni che consentono lo svolgimento di un sindacato costituzionale più penetrante, la Corte non si sottrae all'utilizzo, in nome del principio di non discriminazione, di tecniche manipolative estremamente incisive nei confronti del testo legislativo. La peculiarità di questo fenomeno emerge in tutta la sua evidenza nei casi

---

[5] È quanto viene evidenziato dalle analisi dottrinali dedicate all'argomento (v., in particolare, M. AINIS, *op. cit.*, 42 e L. AZZENA, *op. cit.*).

[6] Così M. AINIS, *op. cit.*, 44.

[7] Anche L. AZZENA, *op. cit.*, sottolinea in maniera esplicita che il 1°comma, dell'art. 3 Cost. si rivolge essenzialmente alla Corte, mentre il 2° comma è diretto prevalentemente al legislatore.

in cui l'intervento del giudice costituzionale viene compiuto a più riprese sulla stessa disposizione, che viene così di fatto progressivamente modificata in senso sempre più conforme al principio di non discriminazione.

Un esempio recente di questa «predisposizione» giurisprudenziale è rinvenibile nella sent. n. 245/2004 [8]. La pronuncia è strutturata come una additiva classica e va a colpire l'art. 291 c.c., sul quale la Corte era intervenuta una prima volta, sempre con una decisione di tipo additivo, con la sent. n. 557/1988.

Per comprendere l'esatta portata dell'intervento compiuto a più riprese sulla disposizione del codice civile, è necessario precisare quale fosse il suo contenuto originario. L'oggetto dell'articolo in questione è individuabile nell'istituto della adozione di persone maggiorenni, la cui applicazione, secondo la formulazione iniziale dell'articolo, era preclusa nei casi in cui l'adottante avesse discendenti legittimi o legittimati. In sostanza l'art. 291, c.c. nella sua formulazione iniziale vietava l'adozione di persone maggiorenni a coloro che avessero discendenti legittimi o legittimati [9].

Il primo intervento additivo della Corte (posto in essere, come si è accennato, con la sent. n. 557/1988) viene effettuato sempre in nome del principio di non discriminazione, che però viene applicato non a favore del soggetto debole da tutelare (l'adottando), ma nei confronti del discendente legittimo dell'adottante qualora si tratti di persona maggiorenne e consenziente. Il giudice delle leggi, cioè, afferma che non c'è motivo di precludere l'adozione quando il figlio legittimo maggiorenne dell'adottante abbia dato al riguardo il suo consenso.

---

[8] La sentenza è significativamente citata come esempio di applicazione del principio di eguaglianza al fine di eliminare ingiustificate disparità di trattamento nella *Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2004*, in occasione della conferenza stampa del Presidente Valerio Onida del 20 gennaio 2005, in *www.cortecostituzionale.it*, 52.

[9] La *ratio* originaria dell'istituto dell'adozione di persone maggiorenni era, infatti, individuabile nel dare la possibilità a chi non avesse discendenti di trasmettere ugualmente il proprio patrimonio e i proprio cognome «sostituendo» la discendenza legittima con quella adottiva. Con il passare del tempo, però, l'istituto ha acquisito anche finalità ulteriori. In particolare può costituire sia il mezzo per tutelare persone maggiorenni (quali l'anziano o l'handicappato privi di una famiglia) che necessitino di assistenza, sia il mezzo per fornire «copertura giuridica» ai legami affettivi che, in seguito al diffondersi del divorzio e alla conseguente costituzione di famiglie ricomposte (vale a dire formate da persone con alle spalle un precedente matrimonio), si vengono a formare tra figli dell'adottante e adottando. Su questi temi v. il commento (critico) alla sent. n. 245/2004 di S.A.R. GALLUZZO, *La decisione elimina un'ipotesi di discriminazione ma restringe il campo di applicazione dell'istituto*, in *www.abusi.it*. All'evoluzione dell'istituto ha contribuito la stessa Corte costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi sull'argomento (si vedano le sentenze citate più avanti, alla nota 11 e in particolare, quanto viene evidenziato nella sent. n. 252/1996). Si noti, inoltre, che la sent. n. 557/1988, che si analizzerà nel testo, contiene una decisione pienamente rispondente al significato che l'adozione di persona maggiorenne ha acquisito con il tempo (nel quale, come si è visto, accanto all'esigenza originaria di assicurare una discendenza a chi non ne ha, compaiono anche intenti diversi).

In particolare la posizione di quest'ultimo viene assimilata a quella del coniuge dell'adottante, il cui consenso è necessario (secondo quanto disposto dall'art. 297, 1°comma, c.c.) ai fini dell'adozione. Nella sentenza n. 557/1988 la Corte sottolinea che, tanto sul piano morale quanto su quello patrimoniale, la posizione del figlio maggiorenne è equiparabile a quella del coniuge. Ne consegue che, come quest'ultimo, con il suo consenso, rende possibile l'adozione, così la presenza di figli maggiorenni e consenzienti non può avere alcun effetto preclusivo nei confronti dell'adozione stessa.

Le situazioni che vengono equiparate e, quindi, trattate allo stesso modo in nome del principio sancito dall'art. 3, 1° comma, Cost. sono quelle che fanno capo al coniuge e ai figli maggiorenni. Nel momento in cui questi soggetti prestano il loro consenso all'adozione (di persona maggiorenne) viene meno ogni effetto preclusivo, salvo che l'adottante non abbia discendenti legittimi che siano o minorenni o maggiorenni non consenzienti.

L'intervento additivo della Corte questa prima volta viene, quindi, compiuto nei seguenti termini: l'art. 291 c.c., è illegittimo «nella parte in cui non prevede» che l'adozione sia possibile qualora l'adottante abbia discendenti legittimi che siano maggiorenni e consenzienti. La ricorrenza del duplice requisito della maggiore età e del consenso fa cadere il divieto contenuto nell'art. 291, c.c.

Il risultato ottenuto in seguito alla prima pronuncia della Corte è che il tenore letterale dell'articolo risulta modificato in senso restrittivo. La situazione preclusiva dell'adozione viene circoscritta alle (sole) ipotesi in cui l'adottante abbia discendenti legittimi minorenni o maggiorenni non consenzienti.

La decisione costituzionale in questo caso assume un valore di garanzia nei confronti dell'istituto dell'adozione di maggiorenni. Il soggetto debole che viene tutelato è l'adottando. La sua adozione, infatti, grazie alla decisione additiva contenuta nella sent. n. 557/1988, diviene possibile nonostante la presenza di un figlio legittimo dell'adottante. La maggiore età di quest'ultimo unitamente al fatto della manifestazione del consenso nei confronti dell'adozione fa venir meno, in seguito alla declaratoria di incostituzionalità, l'effetto preclusivo previsto nel contenuto originario dell'art. 291 c.c.

Come si può notare, l'applicazione del principio di eguaglianza non riguarda direttamente il soggetto debole da tutelare (l'adottando). La maggiore garanzia di cui questi viene a godere è, invece, il riflesso indiretto della equiparazione che viene fatta tra coniuge e discendente maggiorenne.

In particolare tramite tale equiparazione si evidenzia che la posizione del discendente maggiorenne è sufficientemente tutelata anche se la sua presenza non preclude automaticamente l'adozione del maggiorenne, ma la subordina (analogamente a quanto previsto appunto per il coniuge) alla prestazione del consenso. Siamo di fronte ad uno di quei casi in cui un meccanismo legislativo

viene rimosso perché ritenuto troppo rigido e non idoneo a bilanciare interessi diversi [10]. «Sostituendo» il divieto assoluto di adozione (di persone maggiorenni) per chi ha discendenti legittimi con la possibilità per il discendente maggiorenne di permettere l'adozione prestando il suo consenso, si è prodotto il duplice effetto di tutelare in modo comunque adeguato il discendente e, al tempo stesso, di ampliare le possibilità applicative dell'istituto dell'adozione rimuovendo un (ingiustificato) effetto preclusivo.

Rappresenta, poi, una puntualizzazione di quanto disposto in questa decisione del 1988 la successiva sentenza che interviene sull'istituto dell'adozione di persona maggiorenne quale configurato nell'art. 291 c.c. Si tratta della sent. n. 345/1992, relativa all'ipotesi in cui l'adottante abbia dei discendenti maggiorenni impossibilitati ad esprimere il consenso perché interdetti. In tal caso la Corte, pronunciandosi ancora una volta in senso favorevole all'applicazione dell'istituto dell'adozione di maggiorenni, riconosce la possibilità di utilizzare il principio sancito nel 2° comma, dell'art. 297 c.c., laddove si stabilisce che, in caso di ingiustificato rifiuto (del coniuge) di prestare il proprio consenso all'adozione, il tribunale può, nell'interesse dell'adottando, pronunciare ugualmente l'adozione [11].

---

[10] È R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 86 ss., a collocare la sent. n. 557/1988 tra quelle decisioni in cui una situazione (nel caso di specie quella relativa all'adottando) viene garantita in misura maggiore attraverso un'operazione di bilanciamento che rende meno rigida ma non meno garantista una previsione legislativa (nel caso di specie quella concernente i discendenti legittimi maggiorenni dell'adottante, la cui posizione, come si è evidenziato nel testo, non risulta in alcun modo compromessa dal fatto che la loro presenza preclude l'adozione solo in caso di mancato consenso e non più automaticamente).

[11] La decisione è strutturata come un'interpretativa di rigetto. L'art. 297 c.c., viene considerato dalla Corte come disposizione concernente non solo il coniuge dell'adottante (e il coniuge e i genitori dell'adottando), ma tutte le persone chiamate a dare il proprio consenso all'adozione (e quindi, in seguito alla sent. n. 557/1988, anche i discendenti maggiorenni dell'adottante). Si tratta di uno di quei casi in cui l'interpretativa di rigetto permette di ampliare i poteri di decisione del giudice a favore del soggetto debole da tutelare (nel caso di specie l'adottando maggiorenne). V. in tal senso E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2518. Successivamente la Corte viene chiamata ancora a pronunciarsi sull'adozione di persone maggiorenni, ma, fino alla sent. n. 245/2004, senza provocare ulteriori mutamenti di significato all'art. 291 c.c. Nella sent. n. 53/1994, in particolare, ha affermato la non equiparabilità della posizione del discendente maggiorenne interdetto con quella del discendente minorenne (come avrebbe voluto il giudice *a quo* al fine di applicare il principio sancito nella sent. n. 345/1992 anche in presenza di discendenti minorenni, consentendo così l'adozione di persone maggiorenni anche a chi ha figli minori). Il discendente minorenne, infatti, ha un'incapacità che, a differenza di quella del discendente maggiorenne interdetto, ha carattere transitorio, quindi equiparare (ai fini dell'adozione di persona maggiorenne) la sua posizione a quella di chi è stato interdetto significherebbe privarlo della possibilità, una volta che abbia raggiunto la maggiore età, di prestare liberamente il suo consenso o meno all'adozione. Nella sent. n. 252/1996, invece, la Corte dichiara la questione di legittimità costituzionale inammissi-

In una diversa prospettiva si colloca, invece, la pronuncia contenuta nella sent. n. 245/2004 (che si è indicata all'inizio), dove si assiste sempre ad un intervento additivo effettuato in nome del principio di eguaglianza, ma non rivolto a tutelare la posizione del soggetto debole adottando.

Il caso che ha determinato l'insorgere della questione di legittimità costituzionale riguardava un soggetto adottante con un figlio minorenne non legittimo, ma naturale riconosciuto [12]. In base al tenore letterale dell'art. 291 c.c. non avrebbe dovuto esserci alcuna preclusione all'adozione, visto che la presenza di discendenti minorenni la impedisce solo qualora si tratti di figli legittimi. Il contenuto dell'articolo risultava, cioè, chiaramente circoscritto all'ipotesi di adottante con discendenti legittimi (o legittimati) [13]. La Corte, invocando il principio di non discriminazione, sottolinea la necessità di equiparare la posizione del figlio naturale a quella del figlio legittimo (anche perché nel caso di specie non sussiste alcun problema di incompatibilità «con i diritti dei membri della famiglia legittima» che possa, ai sensi dell'art. 30, 3° comma, Cost., giustificare un trattamento differenziato). Se il figlio legittimo impedisce al genitore l'adozione di una persona maggiorenne nei casi in cui sia o minorenne o maggiorenne non consenziente, altrettanto deve avvenire in presenza di un figlio naturale riconosciuto che sia o minorenne o maggiorenne non consenziente.

Questa volta il principio di non discriminazione viene applicato diretta-

---

bile per discrezionalità legislativa (il giudice *a quo* aveva chiesto alla Corte una decisione di tipo additivo che permettesse l'adozione di persona maggiorenne a chi ha discendenti legittimi minori nella peculiare ipotesi in cui l'adottando sia figlio del coniuge dell'adottante e sia «stabilmente inserito nella comunità familiare»).

[12] Nel caso concreto che ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale accolta con la sent. n. 245/2004 la richiesta di adozione concerneva una maggiorenne figlia della convivente dell'adottante, mentre il figlio naturale riconosciuto dell'adottante era nato dal legame tra quest'ultimo e la sua convivente. A quanto pare, quindi, ci si trovava di fronte ad una di quelle ipotesi in cui, secondo l'evoluzione più recente dell'istituto in esame, l'adozione di persona maggiorenne serve a dare un riconoscimento di natura anche giuridica a legami familiari già costituitisi (sul punto v. nota 9). L'equiparazione tra figli legittimi e figli naturali contenuta nella decisione in esame (in merito v. più avanti nel testo) ha prodotto, invece, un ampliamento delle ipotesi in cui l'adozione di persona maggiorenne è vietata, con la conseguenza che con specifico riferimento al caso di specie non è stato possibile utilizzare l'istituto in questione in maniera conforme al significato evolutivamente acquisito (in tal senso, infatti, le critiche rivolte alla sent. n. 245/2004 nel commento che si è citato sempre alla nota 9).

[13] La Corte sottolinea che dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere il divieto contenuto nell'art. 291 c.c., riferito soltanto all'adottante con discendenti legittimi (o legittimati), conformemente, del resto, alla formulazione letterale della disposizione. Sembra esservi da parte della Corte l'implicito riconoscimento di un diritto vivente, che non lascia alcuno spazio ad un'interpretazione adeguatrice fondata sull'applicazione diretta degli artt. 3, 1° comma, e 30, 3°comma, Cost., che sostanzialmente impongono (sia pure nei limiti della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima) l'equiparazione della posizione del figlio naturale con quella del figlio legittimo.

mente a favore del soggetto debole che viene ad essere tutelato dalla decisione costituzionale, che non è, come nella sent. n. 557/1988, l'adottando, ma il figlio naturale dell'adottante.

L'art. 291 c.c. viene così dichiarato illegittimo (anche) «nella parte in cui non prevede» che l'adozione di una persona maggiorenne sia preclusa a chi abbia appunto figli naturali riconosciuti che siano minorenni o maggiorenni non consenzienti.

La decisione costituzionale questa volta produce un effetto opposto rispetto alla pronuncia del 1988: non amplia le possibilità applicative dell'istituto dell'adozione di persone maggiorenni, ma viceversa le restringe. L'adozione non è possibile anche quando nella condizione di persone minorenni o maggiorenni non consenzienti vi siano figli naturali dell'adottante.

La disposizione contenuta nel 1° comma dell'art. del c.c, ulteriormente modificata, assume alla fine il seguente significato: l'adozione di un maggiorenne è preclusa a chi abbia figli legittimi o naturali riconosciuti che siano minorenni o maggiorenni non consenzienti.

L'esempio giurisprudenziale riportato, anche se più circoscritto di altri casi analoghi [14], fa emergere comunque in modo chiaro quella propensione che in-

---

[14] Un esempio noto, in cui il fenomeno giurisprudenziale che si è indicato nel testo si è manifestato in misura più estesa ed incisiva, è rappresentato dalle numerose decisioni pronunciate sull'art. 6, 2°comma, legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), grazie alle quali si è verificata la progressiva erosione del limite (minimo e massimo) inizialmente stabilito per la differenza di età tra adottante e adottato. Si vedano, in particolare, le sentt. nn.148/1992, 303/1996, 349/1998, 283/1999 (ma v. anche le sentt. nn. 183/1988, 44/1990, 10/1998). In tali decisioni il soggetto debole tutelato è il minore adottando, il cui interesse viene talvolta contemperato con quello della famiglia. In questo senso il commento di A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad «annullare» le leggi, ma «corregge» il legislatore e dunque, «scrive» – o «riscrive» per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 335 ss. (spec. 345). C. SALAZAR, «*Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, ivi, 279 ss., qualifica le decisioni in questione come additive di principio per *deficit* di «flessibilità»: la loro pronuncia è stata determinata dal fatto che il legislatore non ha avuto abbastanza «fantasia giuridica». E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2513, considera tale giurisprudenza espressione di un atteggiamento analogo a quello del legislatore, in quanto volto a fornire copertura giuridica a quei mutamenti sociali che vengono messi in risalto dalle scelte dei giudici. È al riguardo significativo il fatto che i principi contenuti nelle decisioni indicate siano stati, poi, recepiti dal legislatore nella legge 28 marzo 2001, n. 149. Nelle suddette decisioni l'art. 3 Cost., viene indicato come parametro dai giudici *a quibus*, ma non sempre viene utilizzato (quanto meno esplicitamente) dalla Corte, oppure viene inteso riferito al principio di eguaglianza sostanziale (v. ad es., la sent. n. 283/1999, che è la più recente delle pronunce indicate, nella quale al punto 1 del *Considerato in diritto*, si evidenzia la necessità di eliminare quegli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità del minore). Quest'ultimo profilo, comunque, assume un'importanza relativa se si considera la necessità, ripetutamente evidenziata, di una lettura congiunta del 1° e del 2° comma, dell'art. 3, Cost. (in tal senso anche L. AZZENA, *op. cit.*, par. 3.1).

duce la Corte a compiere più interventi «correttivi» su di una disposizione al fine di adattarla progressivamente al dettato costituzionale. Si tratta di interventi «stratificati» l'uno sull'altro, che incidono a livello testuale mutando profondamente il significato originario della disposizione.

Ciò significa che, nel momento in cui si va ad analizzare il controllo sulle leggi volto a verificarne la conformità al principio di non discriminazione, emerge la coesistenza di due fenomeni fra loro contrapposti. Accanto alla Corte estremamente rispettosa della scelte legislative (più o meno) attuative del principio di eguaglianza, c'è anche una Corte che, quando le condizioni concrete lo consentono, non si sottrae al compito di incidere sui testi legislativi per «riscriverli» in modo maggiormente conforme a quanto disposto nell'art. 3 Cost. [15] Da una parte, quindi, prevale un atteggiamento di *self-restraint* dettato dalla volontà di non invadere la sfera assegnata alla discrezionalità legislativa, mentre dall'altra viene compiuta un'opera di «riscrittura» del testo legislativo che, viceversa, sconfina (più o meno palesemente) proprio nell'ambito riservato alla funzione legislativa.

Quest'ultimo fenomeno è stato qualificato come un vero e proprio diritto giurisprudenziale, che scaturisce appunto dagli interventi manipolativi realizzati dalla Corte nei confronti del testo legislativo, anziché dalle scelte compiute in sede politica dal legislatore [16].

## 3. *La stretta connessione al caso concreto e la frammentazione del disposto normativo manipolato dai plurimi interventi della Corte*

Le decisioni manipolative della Corte che incidono più volte sullo stesso testo legislativo rappresentano una prospettiva di indagine che consente di mettere in luce due elementi tra loro strettamente connessi.

Innanzitutto si tratta di decisioni che presentano l'evidente peculiarità di essere fortemente aderenti al caso concreto che ha determinato l'insorgere della questione di legittimità costituzionale. Si presentano quasi come pronunce «ritagliate» sul caso.

---

[15] Cfr. le riflessioni di G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, spec. 398-399, sia pure formulate in una prospettiva parzialmente diversa, in cui si fa più specifico riferimento all'ampio margine di libertà di cui gode la Corte nel momento in cui ricorre al canone della ragionevolezza.

[16] A. SPADARO, *op. cit.*, 357 ss. considera gli interventi manipolativi della Corte come forme di partecipazione al procedimento di formazione della legge e al tempo stesso, individua nel «diritto giurisprudenziale» lo strumento giuridico più adatto a realizzare i bisogni della persona concreta (sul punto v. anche più avanti nel testo).

Dalle due sentenze additive relative all'art. 291 c.c., infatti, emerge in modo abbastanza chiaro che non viene propriamente rimproverato al legislatore di aver compiuto una scelta irragionevole, ma piuttosto gli viene contestato di non aver tenuto conto delle possibili eccezioni alla regola stabilita. Il divieto di adottare persone maggiorenni per chi ha discendenti legittimi o legittimati (contenuto nella formulazione originaria dell'art. 291 c.c.) non rappresenta di per sé il frutto di una scelta irragionevole, ma è anzi perfettamente in linea con la *ratio* originaria dell'istituto dell'adozione di persone maggiorenni [17] (semmai si può ravvisare irragionevolezza nel fatto che il legislatore non è stato sufficientemente preciso nel formulare la disposizione normativa in questione, anche se – a ben vedere – non rientra nell'esercizio della funzione legislativa il compito di prevedere le tante sfaccettature inerenti ad una fattispecie) [18].

Il duplice errore commesso dal legislatore, quindi, (se di errore si vuol parlare) concerne, da una parte, il fatto di non aver previsto (analogamente a quanto disposto per il coniuge dell'adottante nell'art. 297, 1° comma, c.c.) la possibilità per il discendente maggiorenne di prestare il suo consenso all'adozione, facendo cadere conseguentemente il divieto posto dall'art. 291 c.c., e, dall'altra, il fatto di non aver espressamente inserito tra i soggetti che impediscono l'adozione in questione, oltre ai discendenti legittimi (che siano, secondo quanto stabilito nella sent. n. 557/1988, o minorenni o maggiorenni non consenzienti), i figli naturali riconosciuti dell'adottante (che si trovino in una condizione analoga a quella dei figli legittimi).

Ma è stato solo il verificarsi di casi concreti caratterizzati dalla presenza di un discendente maggiorenne consenziente all'adozione, nel primo caso, e di un figlio naturale riconosciuto (minorenne), nel secondo, a far emergere l'incompletezza del dettato legislativo.

Tutto questo conferma che gli interventi effettuati dalla Corte in nome del principio di non discriminazione non stravolgono l'opera del legislatore, ma piuttosto la portano a compimento (ovviamente verso una maggiore conformità al dettato costituzionale) [19].

---

[17] V. nota 9.

[18] Il normale svolgimento della funzione legislativa non può (e non deve) tener conto dei «minuti e diversificatissimi casi della vita». Così A. SPADARO, *op. cit.*, 345-346.

[19] Sul punto v. nota 6. Si noti, però, che, mentre la posizione dottrinale indicata in tale nota parla di completamento dell'opera legislativa da parte della Corte in un contesto che sottolinea lo svolgimento sul piano della mera ragionevolezza del controllo costituzionale, qui si fa invece riferimento ad un intervento costituzionale che, come si è evidenziato nel testo, non contesta tanto l'irragionevolezza della scelta legislativa quanto proprio la non completezza del disposto normativo. Una conferma indiretta del fatto che non è del tutto appropriato qualificare come verifica della ragionevolezza il sindacato esercitato dalla Corte nei casi esaminati ci viene dalle parole contenute nel punto 3 del *Considerato in diritto* della sent. n. 303/1996 (che è tra le sentenze che si sono citate alla nota 14), dove si afferma, con riferimento al limite di età tra adot-

La stretta aderenza al caso concreto, che caratterizza le decisioni analizzate, evidenzia, però, in primo luogo la forte analiticità prodotta a livello normativo dall'esigenza di giustizia sottesa all'attuazione del principio di eguaglianza. La Corte puntualizza il significato normativo che la disposizione deve assumere alla luce del caso concreto. Le decisioni costituzionali che manipolano il testo legislativo a garanzia del principio di non discriminazione sono, così, connotate da una forte specificità. In nome del principio di eguaglianza la Corte riesce talvolta a compiere delle «operazioni di microchirurgia» che le permettono «di pronunciare l'illegittimità della norma impugnata in relazione a fattispecie così ristrette da poter quasi coincidere con il «caso» concreto» [20].

In un contesto del genere è ovvio che assume un rilievo particolarmente pregnante il fatto che l'intervento della Corte sia sollecitato dal giudice *a quo*. Se questi si è rivolto alla Corte significa, di regola, che non c'è spazio per un'interpretazione adeguatrice e che, quindi, solo in seguito ad una declaratoria di incostituzionalità è possibile risolvere il caso concreto in modo sostanzialmente giusto e, per ciò stesso, conforme al dettato costituzionale [21]. La rilevazione dell'esigenza di giustizia sottesa alle decisioni esaminate passa, cioè, necessariamente per la valutazione del caso concreto fatta dal giudice. È questa valutazione che permette alla Corte di decidere in modo da soddisfare l'esigenza di giustizia del caso concreto.

Tale prospettiva evidenzia chiaramente il ruolo di «inveramento» dei valori costituzionali che i giudici sono chiamati a svolgere in maniera sempre più incisiva [22] e che costituisce uno degli elementi che caratterizzano maggiormente

---

tante e adottato, che «Non viene ora posta in discussione la regola, ragionevolmente stabilita dal legislatore, ma la sua assolutezza». Anche in tale ambito, quindi, (come si può notare da quanto esplicitamente dichiarato dalla Corte) non viene giudicata di per sé irragionevole la scelta compiuta dal legislatore, ma viene contestata l'eccessiva rigidità della regola contenuta nel testo legislativo. Il legislatore ha operato bene, ma in modo non del tutto completo.

[20] Così R. BIN, *op. cit.*, 47-48.

[21] V. in merito le considerazioni di E. LAMARQUE, *op. cit.*, 2509 ss., che sottolinea appunto, con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale sulla differenza di età tra adottante e adottato (che si è citata alla nota 14), il tentativo dei giudici di «superare la lettera della legge per assicurare risultati di giustizia sostanziale» ed il conseguente rivolgersi alla Corte nelle ipotesi in cui tale tentativo non sia riuscito. La «positivizzazione» dei valori di giustizia, avvenuta con il loro inserimento in Costituzione, ha messo i giudici nella condizione di poter far prevalere le esigenze di giustizia dei casi concreti sulla stessa volontà legislativa (così, in particolare, secondo la nota posizione di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 183 ss., spec. 203-204).

[22] Si è parlato al riguardo (anche alla luce della teorica del diritto vivente progressivamente affermatasi in un sistema di giustizia costituzionale che vede i giudici sempre più in primo piano) di un avvicinamento ai sistemi di *common law*. Così, ad es., A. SPADARO, *op. cit.*, 376-377. Si noti che la stessa considerazione viene fatta anche guardando, più in particolare, al «diritto giurisprudenziale» che scaturisce dalle decisioni costituzionali «ritagliate» sui casi concreti (v. G. SCACCIA, *op. cit.*, 379 ss.). Sul punto v. anche nota 16.

la più recente evoluzione del giudizio incidentale. Si verifica, così, una significativa valorizzazione della funzione dei giudici, collocati nella delicata posizione di intermediazione tra lo Stato e la società, vale a dire tra l'applicazione delle norme poste dal legislatore e la risoluzione dei casi concreti sottoposti al loro giudizio[23].

Ma, oltre alla stretta connessione ai casi concreti e al ruolo determinante dei giudici che ne consegue, le decisioni analizzate mettono in luce un ulteriore profilo (che rimane comunque strettamente connesso a quanto finora evidenziato).

Se si prende in esame l'attuazione legislativa del principio di non discriminazione emerge come questo tentativo di tutelare i soggetti deboli che rischiano di essere discriminati abbia portato il legislatore (soprattutto in seguito al diffondersi dell'eguaglianza sostanziale) ad adottare una miriade di leggi particolari[24]. La legislazione attuativa del principio di eguaglianza si distingue, cioè, per essere estremamente frammentata, al punto che talvolta diventa difficile distinguere la regola generale dalle eccezioni. Non c'è una normativa di carattere generale e, accanto ad essa, la disciplina differenziata di alcuni casi particolari (al fine di trattare in modo diseguale situazioni non assimilabili tra loro), ma c'è piuttosto la presenza di tante leggi, ciascuna volta a tutelare una categoria specifica che non deve essere discriminata.

L'esigenza di giustizia sottesa al principio di eguaglianza produce, quindi, a livello normativo l'adozione di tante discipline differenziate, perché solo così è possibile garantire, conformemente all'art. 3 Cost., non solo trattamenti uguali a situazioni uguali, ma anche trattamenti diversi a situazioni diverse.

Le decisioni costituzionali che, in nome sempre del principio di non dischiminazione, vengono pronunciate in modo strettamente aderente al caso concreto che le ha sollecitate, finiscono col produrre una frammentazione della disposizione normativa che presenta, mi pare, delle analogie con il fenomeno legislativo a cui si è accennato.

Un processo simile all'adozione di tante leggi diversificate si compie, cioè, all'interno della singola disposizione normativa, questa volta ad opera della Corte costituzionale. Il disposto normativo viene ripetutamente «piegato» alle esigenze dei casi concreti, con la conseguenza che si vengono ad identificare, nel-

---

[23] G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 206-207.

[24] Il fenomeno è ben evidenziato nella relazione di L. AZZENA, *Divieto di discriminazione*, cit., spec. parr. 1.1, 2.4, 5.3, la quale sottolinea che la realizzazione di «forme mirate di tutela» a livello legislativo ha acquisito dimensioni persino più ampie, manifestandosi anche a livello territoriale, in seguito all'incremento delle competenze legislative delle regioni prodotto dalla riforma del Titolo V, Cost. (naturalmente con l'eccezione relativa alla delimitazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che l'art. 117, Cost., 2°comma, lett. *m*) riserva allo Stato).

l'ambito dello stesso testo, diverse norme, ognuna delle quali applicabile ad una situazione individuata in modo molto puntuale.

Ci si trova, così, di fronte ad un'attuazione del principio di non discriminazione che produce un significativo svilimento della generalità e astrattezza (delle leggi approvate dal Parlamento in un caso, e della disposizione normativa manipolata dalla Corte nell'altro caso) [25].

Attraverso i distinguo identificati dalla Corte, in particolare, è stato possibile adattare l'art. 291 c.c., a situazioni diverse e ben circoscritte, non contemplate nella formulazione originaria dell'articolo. Come si è visto, nella situazione normativa scaturita dagli interventi del giudice costituzionale è rimasto fermo il divieto inizialmente contenuto nella disposizione in questione (per cui l'adozione di maggiorenni è preclusa a chi ha discendenti legittimi o legittimati), ma con la puntualizzazione che il divieto non vale se il discendente è maggiorenne e consenziente e che lo stesso trattamento riservato in merito ai discendenti legittimi deve valere per i discendenti naturali riconosciuti. In questo modo la Corte ha inserito nell'ambito dello stesso testo due norme originariamente non previste, che, per la forte aderenza al caso concreto, finiscono con l'assomigliare alle regole che vengono individuate dai giudici ai fini della risoluzione del giudizio. Attraverso i «ritocchi» eseguiti a più riprese dalla Corte il disposto normativo originario comprende in sé più «regole», che consentono di applicarlo in modo costituzionalmente corretto a situazioni peculiari.

L'attuazione del principio di eguaglianza richiede, quindi, particolarità. Una situazione di debolezza è sufficientemente tutelata e non discriminata nel momento in cui il legislatore in sede di approvazione delle leggi, o la Corte costituzionale di fronte al caso concreto che dà luogo alla questione di legittimità costituzionale, riescono a tenerla in puntuale e apposita considerazione.

L'opera della Corte, più precisamente, risulta essere lo strumento necessario per portare a compimento il disegno legislativo alla luce delle esigenze di giustizia rilevate dai giudici nell'ambito dei casi concreti.

---

[25] In merito alla perdita di generalità e astrattezza delle leggi nell'ambito dello Stato sociale si vedano le recenti considerazioni di G. SILVESTRI, «*Questa o quella per me pari sono …». Disinvoltura e irrequietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, 6 aprile 2005, in *www.costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2004, spec. parr. 1, 2 e 6.

# DI COSA PARLIAMO QUANDO PARLIAMO DI UGUAGLIANZA? UN TENTATIVO DI PROBLEMATIZZAZIONE DEL DIBATTITO INTERNO ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA SOVRANAZIONALE

*di Oreste Pollicino*

SOMMARIO: 1. Una dichiarazione di metodo e di intenti. – 2. Asfissia e mancata concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza costituzionale interna. – 3. La dimensione sovranazionale come possibile modello di inspirazione. Il valore aggiunto dell'approfondimento dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza comunitaria: *focus* su 3 casi esemplari. – 3.1. Le potenzialità della nozione di discriminazione indiretta nell'accertamento della disparità di fatto. – 3.2. Il percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale. – 3.3. La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario e la parziale emancipazione della componente valutativa di accertamento della discriminazione dalla congenita matrice relazional-comparativa. – 4. Alla ricerca del verso discendente della mutua alimentazione tra ordinamenti: quali, per il nostro quadro costituzionale in tema di uguaglianza, i possibili effetti benefici derivanti dalla parallela esperienza sovranazionale? – 4.1. Considerazioni conclusive.

## 1. *Una dichiarazione di metodo e di intenti*

«Manipolando», a nostro «uso e consumo», il titolo di uno splendido racconto di Raymond Carver che, nella sua versione originaria, esplorava un campo di differente (ma non minore) rilevanza costituzionale, si vuole, anche provocatoriamente, concentrare l'attenzione sulla mutevolezza e cangiabilità delle forme e delle espressioni delle nozioni di uguaglianza e non discriminazione al fine di stimolare un'operazione di sgretolamento delle certezze, apparentemente granitiche, che spesso caratterizzano il modo di «discorrere» intorno all'uguaglianza. In quest'ottica, sarebbe vanamente ambizioso nonché autolesionistico provare ad aggiungere nuove certezze alle vecchie. Considereremmo, infatti, un risultato più che positivo il poter riuscire a mettere in discussione il linguaggio assoluto del «si o del no» con cui spesso si è fatto par-

lare il principio contenuto all'art. 3 Cost. per proporre un linguaggio alternativo, composto da punti più interrogativi che esclamativi, che possa dare voce ad una visione pluralistica dell'uguaglianza, verso una coesistenza di differenti «uguaglianze». La declinazione al plurale dell'ossimoro apparente non è solo necessaria per identificare i diversi soggetti o categorie di soggetti che all'interno del nostro Stato sociale richiedono il riconoscimento delle proprie identità ai fini della realizzazione di una uguaglianza effettiva ma è anche indispensabile, in una prospettiva questa volta inter-ordinamentale, per dare conto di come i principi di uguaglianza e non discriminazione siano in grado di atteggiarsi in modo differente tanto, prospettiva questa che non sarà presa in considerazione in questo breve contributo, nei diversi ordinamenti costituzionali statuali, quanto, angolo di visuale che invece sarà privilegiato per le riflessioni seguenti, a secondo che si prenda in considerazione la dimensione costituzionale interna o quella sovranazionale, tanto comunitaria quanto internazionale.

Un tale approccio «relativista» al tema dell'uguaglianza è anche funzionale al tentativo di dare, nel contesto di una combinazione virtuosa inter-ordinamentale,[1] tra ordinamenti che trova il suo terreno più fertile nella tutela dei diritti fondamentali[2] ed attingendo ai significati che il principio di uguaglianza e non discriminazione hanno assunto nei percorsi evolutivi, rispettivamente, dell'esperienza comunitaria ed internazionale, «nuova linfa vitale», in una prospettiva assiologica, al potenziale costituzionale del nostro ordinamento in tema di uguaglianza, a nostro avviso, come si accennerà in sede conclusiva, non interamente espresso.

Animati da tali intenti, nei paragrafi che seguiranno, dopo aver assai brevemente identificato la parte, a nostro avviso mancante, di appropriato approfondimento nel contesto del dibattito, mai conclusosi, su portata e limiti del

---

[1] Sintetizzata dalla formula, fortunata non solo per il suo *charme* simbolico, di «mutua alimentazione». L'espressione si deve all'elaborazione di A. RUGGERI, in parecchi scritti, tra i quali si vedano almeno: *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e carte internazionali dei diritti tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza*, *il costituzionalismo dei diritti*, Torino, 2002, 219 ss.; ID., *Il doppio volto della Carta di Nizza e la teoria del potere costituente*, in F. FERNANDO SEGADO (a cura di), the *Spanish Constitution in the European constitutional Context*, Madrid, 2003, 317 ss.; ID., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, (Testo rielaborato di un intervento svolto alle giornate di ermeneutica giuridica, Padova 18-19 gennaio 2002) in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Con riferimento allo specifico terreno qui privilegiato del diritto antidiscriminatorio, tale impostazione assiologicamente caratterizzata è riproposta da L. AZZENA, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli». Per una teoria della «debolezza»*, relazione al Seminario del Gruppo di Pisa su *Divieto di discriminazioni e giurisprudenza costituzionale*, Perugia 18 marzo 2005.

[2] V. G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, *il costituzionalismo dei diritti*, cit., 1 ss., spec. 98 ss.; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, *dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 2002.

principio di uguaglianza, ci si domanderà, facendo riferimento ai percorsi evolutivi della esperienza comunitaria ed internazionale sullo stesso tema, se possa provarsi a colmare una tale lacuna traendo ispirazione dai risultati cui sembrano essere approdati, seppur momentaneamente, tali percorsi.

## 2. *Asfissia e mancata concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza costituzionale interna*

Un tale approccio «relativista» al tema della non discriminazione sembra poter trarre la sua legittimazione oltre che dalle ragioni che si sono sopra accennate, dalla stessa doppia anima che pare caratterizzare il principio di uguaglianza: una prima, che potrebbe chiamarsi oggettiva, che si concentra sulla vocazione del principio di cui di discorre a fungere da vincolo al legislatore e quindi da limite, in una dimensione orizzontale tipica della forma di governo, alla potestà normativa; la seconda, soggettivamente intesa, che, nel quadro della dimensione verticale che fa del rapporto tra autorità e libertà il nucleo duro della forma di stato, incarna l'uguaglianza nel ruolo di diritto fondamentale della persona. Doppia anima quest'ultima che rimanda al duplice, e non alternativo, significato di Costituzione: «Costituzione in quanto forma politica (*frame of government*) e Costituzione in quanto dichiarazione di diritti inalienabili (*declaration of rights*)»[3].

Il fatto che lo studio del principio contenuto all'art. 3 Cost. sia stato quasi appannaggio esclusivo della dottrina giuspubblicista, rilevava nel 1991 la giuslavorista che con più sensibilità costituzionale si è accostata al principio di non discriminazione, ha fatto si che si ponesse (troppo) spesso al centro della riflessione la questione della portata e dell'ambito di estensione dell'esercizio del potere legislativo e della forma della sua legittimazione «delimitando di conseguenza la nozione di uguaglianza e non discriminazione in modo che risultasse funzionale a quello che era ritenuto l'equilibrio tra controllo giudiziale ed autonomia legislativa»[4]. Parole, queste, che ci sembrano, a distanza di 14

---

[3] M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Torino, 1991, 11, nota 23. Cfr., peraltro richiamato nella stessa nota citata circa la problematica relativa al doppio significato storico di Costituzione, A. TARELLO, *Storia e cultura giuridica. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 607 ss. Sui limiti ai quali va peraltro incontro la predetta distinzione, v., per tutti, M. LUCIANI, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione dei poteri. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497 ss.

[4] M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza*, cit., 182. A supporto di quanto asserito può farsi riferimento all'interpretazione autentica che, del percorso giurisprudenziale della Corte, ne hanno fatto di recente i suoi presidenti nelle relazioni annuali. In tali occasioni è stato chiarito

anni, tremendamente attuali. Il fatto, in altre parole, che ci sia concentrati specialmente sul primo dei due significati di uguaglianza poc'anzi evidenziati nell'ambito di un'analisi in primo luogo attenta a consentire il controllo reciproco dei poteri dello Stato nel mantenimento delle proprie prerogative e volta alla ricerca dell'equilibrio istituzionale tra gli organi costituzionali (in questo caso legislativo e giudiziario) partecipi della forma di governo caratterizzante il nostro ordinamento, ha portato, per forza di cose, a sottovalutare, alla luce invece di un concetto di Costituzione come *Bill of rights*, la forza propria dei singoli divieti di discriminazione previsti dall'art. 3 Cost., nel loro rappresentare diritti a non essere discriminati sulla base di particolari ragioni, impedendo, di conseguenza, una appropriata concettualizzazione giuridica autonoma dei divieti stessi.

L'elaborazione dottrinale, infatti, supportata anche dall'atteggiamento della Corte costituzionale al riguardo, ha prodotto i suoi sforzi maggiori nella spesso sterile problematica relativa alla presunta tensione, in verità più apparente che reale [5], tra il c.d. principio di uguaglianza formale sancito dalla prima

---

che «la Corte assegna al principio di uguaglianza prevalentemente un significato oggettivo, ritenendo che tale norma fondamentale più che conferire situazioni di vantaggio o di svantaggio, costituisca *limite ultimo e generale di discrezionalità del legislatore* e nel contempo metro di riesame delle sue scelte sicché l'art. 3 è ormai recepito come principio *di chiusura di ogni manifestazione della funzione legislativa che àncora a coerenza e ragionevolezza*». Così F. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1993*, testo pubblicato a cura della Corte, 17. I corsivi sono di A. BUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 108.

[5] L'idea prevalente per cui si confronterebbero nell'ambito del quadro normativo fornito dall'art. 3 Cost., due distinti principi di uguaglianza, caratterizzati da fini diversi e per la stragrande maggioranza della dottrina, incompatibili, appare, invero, il risultato di una forzatura concettuale e testuale del portato costituzionale che, per altro, comporta una indebita attenuazione del nucleo significante del principio di uguaglianza c.d. formale cui sarebbe attribuito solo l'effetto di garantire un diritto virtuale sulla Carta, seppure costituzionale, mentre starebbe all'uguaglianza sostanziale svolgere (l'unico) ruolo veramente decisivo di dare concretezza ed effettività a quanto soltanto enunciato dal principio formale di uguaglianza. Sia consentito rinviare, per un approfondimento della critica qui solo abbozzata a O. POLLICINO, *Trattamento preferenziale nel rapporto di lavoro: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del New Legal Order*, in corso di stampa, Milano, 2005. In estrema sintesi ciò che si propone è di considerare come unico principio indefettibile nel linguaggio della Costituzione quello di uguaglianza davanti e «nella» legge che, riappropriandosi di quanto, *by nature* (melius: *by law*) gli appartiene, dovrebbe essere definito non formale ma generale, a fronte di un 2° comma che, invece di essere ricostruito come un autonomo principio contenutistico da contrapporre a quello enunciato dal 1° comma, dovrebbe più propriamente essere considerato come enunciante un processo verso la sostanzialità e l'effettività dell'uguaglianza, con cui i costituenti hanno voluto assiologicamente caratterizzare e in qualche modo, vincolare, l'interpretazione del principio generale di uguaglianza. Si aggiunga che niente ha impedito agli ordinamenti (sono la gran parte) carenti di una codificazione del criterio interpretativo alla sostanzialità ed effettività dell'uguaglianza, che lo stesso risultato fosse raggiunto attraverso l'attività creativamente adeguatrice della giurisprudenza costituzionale. Esemplare, a questo riguardo, la stagione attivista della Corte Suprema Warren (1953-1969) nell'ordinamento nordamericano che è riuscita ad enucleare il

parte del 1° comma, dell'art. 3 Cost., per cui «tutti i cittadini hanno parità dignità sociale e sono uguali sono davanti alla legge» e quello di uguaglianza sostanziale contemplato dall'intero 2° comma in cui si caratterizza in senso promozionale e quindi dinamico il ruolo dei poteri pubblici alla rimozione degli ostacoli di fatto esistenti alla piena uguaglianza (e libertà) dei cittadini [6].

Quasi soffocati, anche a causa della loro posizione in Costituzione, da tale tensione dialettica, i singoli divieti di discriminazione non hanno potuto giovarsi dell'approfondimento necessario che avrebbe consentito una loro concettualizzazione giuridica autonoma [7]. Infatti, la *ratio* specifica dell'inciso del

---

*telos* della uguaglianza effettiva e conseguentemente, la legittimità costituzionale dei mezzi funzionali al raggiungimento della stessa (il concetto dei *disparate impact* prima e lo strumento del *preferential treatment* dopo) dal disposto neutralmente formulato, che noi chiameremmo espressione del principio di uguaglianza formale, della *Equal Protection Clause*. Ciò che in altre parole vuole qui sottolinearsi è che la presenza, nella nostra Costituzione, del II comma dell'art. 3, lungi dall'essere in teoria costituzionalmente obbligatoria, è stato il frutto di una precisa opzione, di fronte ad altre alterative, effettuata dai nostri Costituenti che hanno voluto costituzionalizzare il criterio interpretativo della sostanzialità e della effettività attraverso cui orientare in senso promozionale il principio generale di uguaglianza al fine di mettere al riparo detta caratterizzazione dai mutamenti e dalle oscillazioni che una enucleazione dello stesso criterio per via giurisprudenziale necessariamente porta con sé, come del resto ci insegna l'*iter* discontinuo sul tema della giurisprudenza non solo della Corte costituzionale, ma anche della Corte Suprema e della Corte di giustizia.

[6] Tensione che ha assunto, in concreto, ora la forma della sovraordinazione del 1° comma rispetto al secondo (v. P. COMANDUCCI, *Uguaglianze*, in *Lavoro*, 80, 1988, 933), ora quella della potenzialità eccettiva o derogatoria del 2° comma nei confronti del 1° comma (cfr. M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1992, 602 ss.). Solo raramente, da parte della dottrina più attenta si è tentato di sfumare tale tensione in un approccio integrazionista tra il primo ed il 2° comma, dell'art. 3, attraverso il concetto di dignità sociale che «rappresenta il rovesciamento del carattere formale dell'uguaglianza». Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano, 1974, 1089 ss.,1090. Assai interessanti, nel quadro dell'impostazione dottrinale che rintraccia un rapporto di complementarietà tra 1° e 2° comma, dell'art. 3, le riflessioni di Antonio Baldassarre per il quale l'art. 3 c.p.v., è, appunto, complementare rispetto al 1° comma nel senso che mentre quest'ultimo «pone un divieto (negativo) di discriminare arbitrariamente tra cittadino e cittadino, garantendo così una pari dignità sociale, l'art. 3, 2° comma, autorizza i pubblici poteri, e in primo luogo il legislatore, a operare interventi positivi diretti a creare condizioni effettive per un'*equal liberty*». Cfr. A. BALDASSARE, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, 1989, par. 6.4.

[7] Consapevoli del rischio di «asfissia» che può colpire il divieto di non discriminazione se inserito all'interno della più generica clausola di uguaglianza, i redattori della Carta dei diritti fondamentali adottata a Nizza nel 2001 hanno voluto separare non solo concettualmente, ma anche sotto il profilo della enunciazione linguistica significante, principio generale di uguaglianza e principio di non discriminazione prevedendo il primo all'art. 20, sotto la rubrica *Uguaglianza davanti alla legge* (Tutte le persone sono uguali davanti alla legge) e il secondo all'art. 21 della Carta stessa, rubricato *Non discriminazione* (è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali). Tra la sterminata dottrina sulla Carta ci piace ricorda-

1° comma, dell'art. 3 Cost. «senza distinzione di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e di condizioni personali», è stata, nel peggiore dei casi, ignorata, interpretandola come una mera declinazione in negativo del principio di uguaglianza [8], nel migliore dei casi strumentalizzata da dottrina e giurisprudenza a supporto argomentativo, a fondamento della presunta legittimità di due opposte opzioni interpretative del principio generale di uguaglianza, ossia tanto a sostegno della concezione paritaria [9] dell'uguaglianza quanto di quella valutativa [10]. Infatti, nella gran parte degli studi della dottrina costituzionalistica sul punto, il dibattito intorno alla necessità o meno di attribuire un valore ai singoli divieti di discriminazione non è quasi mai stato dettato dalla consapevolezza della rilevanza, come fine in sé, di una concettualizzazione autonoma di tali divieti ma è stata invece strumentale, da un lato, per i seguaci della concezione c.d. paritaria, ai fini di motivare la tesi che la disposizione costituzionale *ex* art. 3, 1° comma, vietasse qualsiasi differenziazione sulla base dei motivi elencati, indipendentemente dal fatto che essa sia portatrice di norme di favore odi sfavore nei confronti di determinate razze, ecc., dall'altro, per i sostenitori della concezione c.d. valutativa, per surrogare la tesi secondo la quale ad essere vietate non sarebbero tutte le differenziazioni ma solo quelle che risultassero arbitrarie o irragionevoli. Se, aderendo alla prima concezione «gli interpreti si erano privati della possibilità di spiegare come mai, in determinati contesti, le distinzioni vietate tornassero ad essere lecite» [11], il considerare, come hanno fatto i sostenitori della concezione valutativa, i singoli divieti di discriminazione come mera proiezione del divieto generale di discriminazione arbitrarie ha fatto sì che «il controllo di ragionevolezza venisse fondato sulla corrispondenza tra norma e fine … tagliando fuori dall'indagine tutti gli aspetti che non appaiono direttamente rilevanti rispetto al fine che la normativa sindacata vuole raggiungere» [12].

---

re G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001 e A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. BUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI (cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Atti della Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale, Taormina 4 ottobre 2002, Milano, 2003. Vedi anche, in particolare sugli articoli citati, A. CELOTTO, *Artt. 21 e 21*, in R. BIFULCO-M. CARTARIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti – Commentario alla Carta dei diritti dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 164 ss.

[8] Cfr. M. BARBERA, *Discriminazione*, cit., 11.

[9] La cui prima ricostruzione si deve a C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.

[10] Non essendo l'approfondimento delle due concezioni richiamate l'intento principale di queste riflessioni si rinvia *per relationem* alle lucide argomentazioni a riguardo di M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza*, cit., 34 ed alla bibliografia ivi citata.

[11] M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza*, cit., 49.

[12] M. BARBERA, *ivi*, 156 e 159.

Concentrandoci per un momento sul concetto di divieto di classificazioni arbitrarie alla base della concezione valutativa, è evidente la prevalenza della nozione di uguaglianza come vincolo all'esercizio della potestà normativa nel contesto di una ricostruzione dottrinale tesa ad elaborare, attraverso l'utilizzo del parametro costituzionale offerto dall'art. 3 Cost., un sistema di limiti ed eventuali giustificazioni alla discrezionalità dell'organo legislativo, alla luce di una equilibrata distribuzione dei poteri tra Parlamento e giudice di legittimità delle leggi, in perfetta aderenza al concetto di Costituzione come *frame of government* [13].

La stessa Corte costituzionale ha supportato una tale ricostruzione. Infatti, dopo le primissime sentenze [14] che risentivano della lettura espositiana del principio di uguaglianza e garantivano il più ampio margine alla discrezionalità del legislatore [15], a partire dalle sentt. nn. 53/1958 e 15/1960, la Corte «ha

[13] La strumentalizzazione operata da tale impostazione dottrinale del riferimento ai divieti di discriminazione in funzione della valutazione in termini di necessaria ragionevolezza delle scelte del legislatore è testimoniata dalla sovrapposizione concettuale tra il divieto di distinzioni e la nozione di uguaglianza che ne fa il suo più autorevole esponente, facendo consistere il principio contenuto dall'art. 3, 1° comma, «nel divieto di arbitrarie discriminazioni tra soggetti che si ritrovino in situazioni identiche od affini, così come pure delle arbitrarie assimilazioni tra soggetti che si trovino in situazioni diverse». Cfr. L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 166. Una alternativa caratterizzazione, in una prospettiva «di valore», della nozione di ragionevolezza, grazie alla quale quest'ultima è in grado di aggiungere alla classica funzione strumentale di «concetto *mezzo*» anche quella assiologicamente orientata di «concetto *fine*» per cui la ragionevolezza diviene «non solo una tecnica alla quale può (e deve) farsi costantemente ricorso nei processi decisionali, ma è anche una meta verso cui i processi devono tendere: uno strumento per la soddisfazione di valori ma anche, proprio per ciò, un valore», v. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e società*, 2000, 568 ss., 569-670. La nuova luce che una tale prospettiva è in grado di irradiare sul principio di ragionevolezza consente a quest'ultimo di essere: «oltre che proiezione esterna del valore democratico, anche mezzo privilegiato per il conseguimento ed il mantenimento di un tasso apprezzabile di democraticità del potere». Cfr. A. RUGGERI, *Ragionevolezza*, cit., 570. Nonostante l'indubbio sforzo di caratterizzare assiologicamente il principio in questione, e quindi di dare alla ragionevolezza una portata più ampia e teleologicamente orientata rispetto al ruolo di componente valutativa astratta che assume, spesso, nell'applicazione del principio di uguaglianza, sembra che la stessa costruzione del concetto di ragionevolezza, almeno nel contesto dell'applicazione dell'art. 3 Cost., sia connessa, in *re ipsa*, alle logiche del potere e della sua giustificazione, e quindi sia considerata, per forza di cose, nell'elaborazione dottrinale della giuspubblicistica, funzionale alla valorizzazione del principio di uguaglianza (e non discriminazione) come limite alla potestà normativa, in una prospettiva orizzontale di distribuzione dei poteri, confermando quindi la sensazione che si è espressa all'inizio, a discapito di una lettura più approfondita dello stesso principio (di uguaglianza), nel ruolo di diritto fondamentale in una dimensione che possa valorizzare il ruolo di ciascun cittadino (uomo e donna) di destinatario del diritto a non essere, né direttamente né indirettamente, discriminato.

[14] Esemplare in quest'ottica la sent. n. 28/1957.

[15] Cfr., sulla stessa lunghezza d'onda, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1976, 29-30; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 38; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 41; F.

finito per aggiungere agli specifici divieti di discriminazione previsti nel testo dell'art. 3, 1° comma, Cost., un generale e ben più comprensivo divieto di arbitrarietà delle classificazioni normative», svalutando così, aggiungiamo noi, i motivi di ordine storico contingente, alla base della formulazione dei singoli divieti di discriminazione e, più in generale, sottovalutando il valore storicamente «emancipatorio» [16] dell'enunciazione del principio generale di uguaglianza.

Alla ricerca di una maggiore attenzione alla riscoperta di tale valore deve ora volgersi lo sguardo all'esperienza comunitaria sul tema, per accertare se, ed in che misura, possa costituire, insieme alla dimensione internazionale cui si farà solo un accenno, serbatoio di ispirazione virtuosa cui poter attingere per «rivitalizzare» la portata assiologica e prescrittiva dell'asfittica applicazione, per le ragioni appena esposte, del principio di non discriminazione.

## 3. *La dimensione sovranazionale come possibile modello di inspirazione. Il valore aggiunto dell'approfondimento dei singoli divieti di discriminazione nella esperienza comunitaria:* focus *su 3 casi esemplari?*

Volgendo ora lo sguardo, secondo la dichiarazione di intenti conclusiva del paragrafo precedente, fino a fissarlo sull'esperienza comunitaria in tema, la prima constatazione, per quanto ovvia, non può non essere quella per cui non figurava nel Trattato di Roma né l'enunciazione di un principio generale di uguaglianza né la previsione di un generale divieto di non discriminazione [17]

---

GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, 33.

[16] Si ritornerà in sede conclusiva sulla portata dell'aggettivo, tentandone di chiarificarne portata ed implicazioni.

[17] Principi che, ad onore del vero, non ci sono ancora. O meglio sono previsti, come si è avuto modo di vedere nella nota 7, dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza ma non hanno (ancora), come del resto tutta la Carta, efficacia giuridica vincolante che acquisteranno solo quando (e se) il Trattato costituzionale di Roma, che incorpora nella sua seconda parte, la Carta di Nizza, firmato solennemente a Roma il 29 ottobre 2004, entrerà in vigore una volta conclusosi (positivamente) il già aperto valzer delle ratifiche nei 25 Stati membri che ha avuto una inaspettata battuta d'arresto rispettivamente il 30 maggio ed il 1 giugno scorso, con il no alla ratifica del popolo francese ed olandese. Per questo, allo stato attuale, nonostante i buoni auspici di molti, non può fingersi che la Carta abbia un'efficacia giuridica «*stricto sensu*» (come sembra fare, tra i tanti, A. SPADARO, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritt*i, in G.F. FERRARI, (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, cit., 257), altrimenti si rischia di azzerare il peso delle opzioni che si esercitano al livello sovranazionale, siano esse migliorative o no dell'*acquis* comunitario. D'altronde, l'art. 13 del Trattato di Amsterdam non introduce, di per sé, una clausola generale di non discriminazione immediatamente efficace ma attribuisce la assai

ma, in aderenza al modello di competenze per attribuzione insito nel sistema comunitario, [18] era previsto un solo divieto di una certa generalità, quello relativo alla discriminazione sulla base della nazionalità [19], ed una segmentazione di altre proibizioni di discriminazioni per quante erano le aree di competenza attribuite alla Comunità stessa [20].

Quali le implicazioni nel contesto di una prospettiva assiologicamente caratterizzata di mutua alimentazione tra dimensione costituzionale interna e dimensione sovranazionale, assunta in precedenza come chiave di lettura privilegiata, derivante dall'assenza (almeno originaria), nella fonte comunitaria primaria, di un principio generale di uguaglianza così come è di norma codificato nelle Carte costituzionali?

In relazione al verso ascendente di detto circuito bidirezionale, che guarda quindi all'arricchimento della dimensione comunitaria dovuto all'influenza virtuosa delle esperienze costituzionali degli Stati membri, non essendo esso oggetto privilegiato della nostra indagine, basterà dire che l'enucleazione di un principio generale di uguaglianza nel diritto comunitario è spettato all'attività della Corte di giustizia [21] che ha attinto «alla fonte» della caratterizzazione nor-

---

innovativa competenza alla Comunità, se pur di carattere residuale e subordinata alla difficile ricerca dell'unanimità in seno al Consiglio dell'Unione, previa proposta della Commissione e consultazione del Parlamento europeo, di adottare gli atti normativi opportuni «per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali». Per un approfondimento sul punto ci sia consentito rimandare a O. POLLICINO, *Trattamento preferenziale*, cit.

[18] Cfr. D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Parigi, 1991.

[19] Art. 6 CE, oggi 12. Si noti che nel nuovo Trattato costituzionale dell'Unione europea, le disposizioni riguardanti l'eliminazione di tutte le possibili discriminazioni, comprese quella sulla nazionalità, sono state «raccolte» sotto il medesimo titolo dedicato a «Non discriminazione e cittadinanza». Per un esame approfondito sul punto cfr. C. NOVI, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di occupazione e condizioni di lavoro nel diritto comunitario: il felice connubio tra codificazione ed innovazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2004, 1239 ss.

[20] Tra gli altri, divieti di discriminazione in altre aree significative di azione comunitaria sono previsti dall'art. 34, 2° comma CE (divieto di discriminazione tra produttori e consumatori nell'ambito della politica agricola comune (PAC)); dall'art. 39 (non discriminazione tra lavoratori che sono cittadini di un dato Stato membro e lavoratori che, invece, pur lavorando nello stesso Stato, sono cittadini di un altro Stato membro, dall'art. 49 (obbligo di applicazione dello stesso trattamento per tutti i fornitori di servizi); dall'art. 90 CE, (divieto di discriminazione, nell'ambito del sistema fiscale interno, tra merci nazionali e merci importate); dall'art. 141 CE, il cui contenuto si avrà modo di approfondire successivamente, che prevede un obbligo di non discriminazione tra uomo e donna, esclusivamente relativo alla parità retributiva, sintetizzabile con la nota formula: «*equal pay for equal work*».

[21] Cfr. Corte di giust., sent. *Sermide SPA c. Cassa Conguaglio e altri*, C-106/83, in *Racc.*, I-1984; sent. *Racke*, 13 novembre 1984 C-283/83, in *Racc.*, I-3791; sent. 17 maggio 1997. EARL, C-15/95, in *Racc.* I-1961. Vedi anche, nello stesso senso, le Conclusioni dell'Avvocato generale Van Gerven del 15 settembre 1993 nella causa *Koinopaxia e noseon e altri v. Minister van LandBouw*, C-146/91, in *Racc.* I-4199. Per un approfondimento T. TRIDIMAS, *The General Princi-*

mativa e giurisprudenziale del principio in parola così come elaborato negli ordinamenti interni attraverso la nota operazione ermeneutica per cui i principi generali del diritto comunitario trovano la loro culla nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, con l'unico dettaglio per cui quest'ultimi, «*children of (*constitutional*) national law, as brought in front of the Court of Justice*, *became* enfants terribles» [22].

Per il verso del circuito che invece più, adesso, ci interessa, vale a dire quello «discendente» che fa dell'esperienza comunitaria (ed in genere internazionale) un'occasione (spesso perduta) per integrare il parametro costituzionale dell'ordinamento interno e più in generale per consentire al nostro materiale costituzionale, dotato, peraltro di una formidabile vocazione all'apertura «internazionale» [23], di arricchirsi dei risultati dei processi evolutivi caratterizzanti i percorsi interpretativi delle Corti europee di Lussemburgo e Strasburgo, ci si deve chiedere quale, se c'è stata, la componente positiva del non aver potuto disporre, *ab initio*, nel sistema comunitario, del parametro normativo offerto dalla previsione di un principio generale di uguaglianza.

La risposta rivela una caratteristica dell'evoluzione del diritto comunitario in tema che invece è mancata nella nostra esperienza interna [24]: la concettualizzazione giuridica autonoma ed il relativo approfondimento giurisprudenziale dei singoli divieti di non discriminazione.

Quale, allora, il valore aggiunto di un tale approfondimento?

Si proverà a rispondere a questa seconda, più complessa domanda, indagando il percorso evolutivo relativo al principio della parità retributiva tra uomini e donne per un lavoro equivalente [25] e, più in generale, al divieto di discriminazione sulla base del sesso nel luogo di lavoro [26].

---

*ples of EC Law*, Oxford, 1999, cap. II e dello stesso A., *Equality*, in A.G. TOTH (a cura di), *The Oxford Encyclopedia of European Community law*, vol. I, Oxford, 1990, 188 ss.

[22] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University, 1999, 4 (corsivo tra parentesi aggiunto). Portato giurisprudenziale che è stato solo di recente codificato nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza i cui artt. 20 e 21, come si è sopra ricordato, ora prevedono, rispettivamente, il principio di uguaglianza davanti alla legge e quello di non discriminazione.

[23] Fondata in *primis* sul portato dell'art. 11 Cost., Cfr., A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali «comuni» e «controlimiti» tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. FALZEA-A. SPADAIO-L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1° giugno 2002, 505 ss.

[24] Come rilevato in precedenza, lo stesso approfondimento è mancato nella nostra esperienza interna sul tema anche per la situazione di «asfissia costituzionale» di cui hanno sofferto, anche per la loro *sedes materiae*, i singoli divieti di non discriminazione assediati tanto dall'alto quanto dal basso, rispettivamente dal principio di uguaglianza formale e sostanziale.

[25] Art. 141 (ex 119), 1° comma, secondo cui «ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

[26] Onde evitare equivoci si vuole subito chiare che un tale divieto non era, almeno *ab origine*

La scelta dell'approfondimento di una tale area non è casuale. Due sono le ragioni, infatti, che fanno del settore relativo al principio di non discriminazione dei sessi sul posto di lavoro un terreno di indagine privilegiato per valutare le conseguenze che la concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione è in grado di produrre ai fini di una maggiore concretizzazione, sul piano interpretativo, del potenziale, non del tutto espresso, del principio generale di uguaglianza.

La prima ragione è, per così dire, contingente, essendo connessa alla particolare esperienza comunitaria sul tema. Infatti, il tema della *sex discrimination* sul posto di lavoro è stato da sempre oggetto di un particolare interesse della giurisprudenza comunitaria dovuto ad una esorbitante quantità di contenzioso in merito che, a dire il vero, non corrisponde, su un piano politico, alla reale portata che gli organi comunitari hanno riservato alla politiche antidiscriminatorie[27] e di pari opportunità da sempre considerate ancillari rispetto alle politiche di matrice economico integrazionista, a cominciare dalla diarchia *competition law* – mercato unico.

La seconda regione della scelta, invece, emancipandosi dalla sfera del contingente, si fonda, sotto un profilo più generale, sul fatto che, come è stato acutamente osservato, l'evoluzione verso una lettura diversa del testo costituzionale in tema di uguaglianza deve prendere per forza di cose le mosse dalla discriminazione sulla base del sesso in quanto il concetto di uguaglianza sessuale costituisce una sorta di ossimoro sui cui non è possibile non interrogarsi.

---

(vedi ora art. 21 Carta di Nizza), rintracciabile in una singola disposizione del Trattato ma era enucleabile combinando il parametro normativo primario fondamentale costituito dell'art. 141 (ex 119), 1° comma ed i diversi parametri normativi «derivati» previsti da una serie di direttive sul tema, tra le quali si ricordano la direttiva 10 febbraio 1975, n. 75/117/CEE, sulla parità retributiva, in *GUCE*, 19 febbraio 75, L 45, la direttiva 9 febbraio 1976, n. 76/207/CE, in *GUCE*, 14 febbraio 1976, L 29, 40 ss., relativa all'attuazione del principio di parità tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione professionale e le condizioni di lavoro, la direttiva 19 dicembre 1978, n. 79/7/CE sulla parità di trattamento nei regimi legali di previdenza e assistenza sociale, in *GUCE*, 10 gennaio 1979, L 6/24 la direttiva n. 86/378CE, sulla parità di trattamento nei sistemi pensionistici integrativi e sostitutivi del regime pubblico in *GUCE*, 12 agosto 1986, L 225/40, la direttiva 11 dicembre 1986, n. 86/613 sull'applicazione del principio di parità e sulla tutela delle madri nell'ambito del lavoro autonomo, in *GUCE*, 3 febbraio 1987, L 32, direttiva 19 ottobre 1992, 92/85/CE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *GUCE*, 28 novembre 1992, L 348, direttiva 3 giugno 1996, n. 96/34 CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale, in *GUCE*, 19 giugno 1996, L 145, direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/80/CE, relativa all'inversione dell'onere della prova nei casi di discriminazione, in *GUCE*, 20 gennaio 1998, L 14.

[27] Meriterebbe un altro livello di approfondimento interrogarsi sulla possibile ragione che potrebbe spiegare una tale sproporzione asimmetrica tra, la fissazione delle priorità di politica sociale ed economica da una parte, e il correlativo sviluppo della giurisprudenza comunitaria in materia dall'altra.

Infatti, il principio legale di non discriminazione tra i sessi lega la nozione di «genere» che ha, alla sua base, il concetto di differenza, al predicato di uguaglianza, «creando una tensione intrinseca (*che dà vita all'ossimoro di cui sopra*) tra il concetto di uguaglianza, che presuppone somiglianza, ed il concetto di sesso, che presuppone differenza» [28].

### 3.1. *Le potenzialità della nozione di discriminazione indiretta nell'accertamento della disparità di fatto*

Tre sembrano i profili in grado di evidenziare i benefici derivanti dalla concettualizzazione autonoma, da parte della giurisprudenza comunitaria [29], del singolo divieto di non discriminazione sulla base del sesso.

In primo luogo si sottolinei la parziale metaformofosi che un tale divieto ha avuto, con particolare riguardo alla sua costola che trova fondamento nel diritto primario rappresentata dal divieto di discriminazione per quanto concerne la retribuzione spettante, rispettivamente, al lavoratore ed alla lavoratrice per lo stesso lavoro e più in generale per mansioni di pari valore. Tale principio, infatti, previsto ora all'art. 141, 1° comma del Trattato, almeno nelle intenzioni originarie dei Padri fondatori, ben lontano dal perseguire l'obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne aveva decisamente un fine di carattere economico, quale, del resto, più in generale, conserva ancor oggi il principio di *equal treatment* nella maggior parte dei suoi campi di applicazione nella dimensione sovranazionale [30], e, in particolare, tendeva ad evi-

---

[28] M. BARBERA, *Uguaglianza e discriminazione*, cit., 40 (il corsivo è aggiunto).

[29] Terreno privilegiato per apprezzare il percorso evolutivo del divieto di non discriminazione sulla base del sesso nell'ordinamento comunitario non può che essere il materiale giurisprudenziale prodotto dalla Corte di giustizia che, com'è stato acutamente rilevato, è riuscita, attraverso l'apparentemente innocua disposizione che le dà il compito di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione ed applicazione del Trattato, ad enucleare «a constitutional doctrine by a common law method». Cfr. R. POSNER, *Law and Legal Theory in England and America*, Oxford, 1996, 14.

[30] La promozione e valorizzazione giurisprudenziale del principio di uguale trattamento nel contesto europeo è stata infatti funzionale alla eliminazione degli ostacoli che si frapponevano al raggiungimento dell'obiettivo principe della prima fase del processo di integrazione comunitaria, vale a dire il raggiungimento di un elevato livello di integrazione economica all'interno del mercato comune. Cfr., nello stesso senso, G. DE BURCA, The *Role of Equality in European Community Law*, in A. DASHWOOD-S. O'LEARY (a cura di), *The Principle of Equal treatment in EC Law*, Londra, 1997, 13 ss., spec. 23-24. Sulla stessa lunghezza d'onda l'A.G. Tesauro che più di 15 anni fa aveva modo di rilevare come il principio di parità di trattamento «ha carattere fondamentale non solo perché pietra angolare dei sistemi giuridici contemporanei, ma anche per una ragione più specifica. La legislazione comunitaria è infatti una legislazione concernente essenzialmente fenomeni ed attività economiche. In tale materia, stabilire regole diverse per situazioni analoghe non solo si traduce in una disuguaglianza dinanzi alla legge, ma comporta, per di

tare il fenomeno, distorsivo della concorrenza infracomunitaria, del c.d. *dumping sociale.* Un'analisi dei lavori preparatori al Trattato di Roma potrebbe essere illuminante per una chiarificazione del concetto. Si scoprirebbe, infatti, che la disposizione presente all'art. 119 CE, concepita per «correggere gli effetti di specifiche distorsioni concorrenziali che potevano avvantaggiare o svantaggiare determinati settori» [31], era stata fortemente voluta dalla Francia che aveva, al tempo, i differenziali retributivi più bassi tra salari percepiti, rispettivamente, da lavoratori uomini e lavoratrici donne [32] rispetto a quelli presenti negli altri cinque Stati membri. Una tale situazione comportava l'alto rischio che una buona parte dell'attività industriale francese che, specie nel settore elettrico e tessile, al tempo impiegava prevalentemente manodopera femminile, si trovasse in una situazione di debolezza concorrenziale rispetto agli stessi o simili segmenti industriali di altri Paesi della Comunità in cui lo stesso quantitativo di manodopera femminile veniva impiegato a salari molto più bassi [33].

È stata la Corte di giustizia, con la decisione di svolta *Defrenne II*, attraverso un'interpretazione in chiave teleologica (e di non irrilevante audacia creativa) del 1° comma, dell'art. 119, a portare alla luce l'anima sociale del processo di integrazione comunitaria, identificando nella disposizione in esame, accanto alle priorità di politica economica, anche uno strumento di tutela contro le discriminazioni e facendo quindi rientrare il principio della parità retributiva, a

---

più e inevitabilmente, delle distorsioni di concorrenza assolutamente inconciliabili con la filosofia di fondo del mercato comune». Cfr. punto 11, conclusioni A.G. Tesauro formulate per la causa C-63/89, *Les assurance du crediti SA v. Council*, definita con sentenza dalla Corte di giustizia il 18 aprile 1991, in *Racc.*, I-1799.

[31] Cfr. *Rapport des chefs du delegations aux ministres des affaires etrangeres* (direttore P.H. SPAAK), in occasione della conferenza di Messina del 1956, 61 (traduzione nostra).

[32] Cfr., non solo per un approfondimento della questione relativa alla nascita dell'art. 119 CE ma, più in generale, essenziale per una comprensione delle logiche compromissorie ad alta tensione politica che hanno da sempre influenzato evoluzioni ed involuzioni della politica antidiscriminatoria comunitaria, C. HOSKINS, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, Londra, 1996. V. anche C. BARNARD, *The economic objectives of art. 119*, in T. HERVEY-D. O'KEEFFE (a cura di), *Sex e quality Law in the European Union*, 1996, 321, e sempre ID., *Gender Equality in the EU: A Balance Sheet*, 215 ss., spec. 217. Vedi anche LEVI SANDRI, *Articolo 119*, in R. QUADRI-R. TRABUCCHI-A. MONACO (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea, commentario*, vol. II, Milano, 1965, 953 ss.; T. PEREZ DEL RIO, *Parità retributiva*, in A. BAYLOS GRAU-B. CARUSO-M. D'ANTONA-S. SCIARRA, (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, 336 ss.; T. ELMAN, *The EU and Women: Virtual Equality*, in P.H. LAURENT-M. MARESCAU, *The State of European Union, Deepening and Widening*, 1998, 225 ss., spec. 226; G. DE BURCA, *The Role of Equality in EC law*, in A. DASHWOOD-S. O'LEARY (a cura di), *The Principle of Equal Treatment*, cit., 1997, 13 ss., spec. 27.

[33] Differenza di retribuzioni per lavori equivalente che era al tempo, in Francia, del 7% rispetto al 20% di quella presente nel mercato del lavoro olandese e addirittura il 40% di quello italiano.

pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità. Quest'ultima, infatti, a detta della Corte, non poteva considerarsi limitata esclusivamente a realizzare un unità economica ma «doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo del Trattato CE» [34] [35]. L'*homo haeconomicus* protagonista indiscusso dei primi due decenni del processo di integrazione comunitaria, dopo anni di assoluto predominino, si vedeva affiancato dall'*homo operosus*, le cui esigenze di protezione e di garanzia offuscavano, per una volta, le ragioni di sua maestà *competition law* attraverso l'individuazione che la Corte faceva del preambolo del Trattato come fonte privilegiata per l'identificazione del *telos* ultimo del suo approccio interpretativo: la realizzazione di quel progresso sociale, appunto, in grado di sovvertire il portato che sembrava emergere da una interpretazione letterale dell'art. 119 CE.

### 3.2. *Il percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale*

In secondo luogo la concettualizzazione autonoma del singolo divieto di discriminazione sulla base del sesso ha consentito alla Corte di giustizia, nel silenzio del Trattato, l'enucleazione, nel quadro della giurisprudenza relativa ai contenziosi in materia, della nozione di discriminazione indiretta attraverso l'importazione dalla giurisprudenza della Corte suprema americana relativa alla definizione dell'ambito di applicazione dell'*equal protection clause*, del

---

[34] Punto 10 motivazione, sent. 8 aprile 1976, *Defrenne* c. *Sabena*, causa C-43/75, in *Racc.*, I-1365. La decisione ha una importanza capitale perché attribuisce efficacia diretta ed orizzontale al 1° comma, dell'art. 119 (ora 141), concepito, come del resto è chiaro dalla sua formulazione letterale, per avere come destinatari «esclusivi» gli Stati membri e non anche i singoli cittadini. La sentenza è stata ampiamente discussa dalla dottrina. Tra i primi commenti, cfr., O. STOCKER, *Le second arret Defrenne. L'egalitè de retribution des travailleurs masculins e des travailleurs femminin*, in *Cahier de dr. eur.*, 1977, 180 ss.; V. VAN GERVEN, *Contribution dell'arret defrenne au development du droit communitaire*, ivi, 131, C. CATALANO SGROSSO, *Il principio della parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1979, 245 ss.

[35] In riferimento all'utilizzo del preambolo da parte dei giudici comunitari, Rasmussen, con la sua consueta *vis polemica* nei confronti dell'attivismo della Corte di Lussemburgo, aveva rilevato come «the Court seeks inspiration in guidelines which are essential politic in nature, and hence not considered applicable: this is the root of judicial activism which may represent an usurpation of power». Cfr. H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice, A Comparative Study in Judicial Policymaking*, Martinus, Nijhoff Dordrecht, 1986, 62.

A questo riguardo deve notarsi, in dissenso con tali riflessioni, come i preamboli non solo costituiscano abitualmente una fonte giuridica vincolante ma anche, nel caso di specie, come il riferimento della Corte al preambolo assumeva una importanza eccezionale in quanto, al tempo, la parità retributiva non figurava tra gli obiettivi fondamentali previsti dai primi articoli del Trattato CE.

concetto di *disparate impact* [36]. In particolare, la Corte di giustizia ha ritenuto che ricorresse una tale situazione discriminatoria quando l'applicazione di una misura nazionale, se pur formulata in termini neutri, svantaggiasse in una proporzione più ampia [37], o numericamente o in percentuale [38], le donne rispetto agli uomini, o comunque un sesso rispetto all'altro. Si tratta di un'operazione ermeneutica fondamentale al fine di alzare lo *standard* di effettività nella lotta contro le discriminazioni attraverso l'enucleazione di un parametro valutativo che non soltanto in considerazione la conformità al principio di uguaglianza della formulazione linguistica di una normativa, ma che sia anche in grado di accertare, focalizzandosi sull'*output* di una disciplina, che l'impatto della stessa normativa sulla realtà sociale in cui interviene non sia *di fatto* discriminatorio.

Il concetto di discriminazione indiretta, in altre parole, sfidando il dogma del fondamento individualistico e neutrale della tutela antidiscriminatoria, non solo si basa su una comparazione tra gruppi (e non tra individui) assunta a fondamento per stabilire una situazione, *prima facie*, di discriminazione, ma altresì, nell'accertamento di una tale forma di discriminazione, acquista una rilevanza fondamentale l'attenzione attribuita, sul piano degli effetti, all'impatto sostanzialmente ineguale, a prescindere da una precisa volontà in questo senso, che una legislazione formalmente (nella sua formulazione linguistica) rispettosa del principio di uguaglianza è in grado di produrre nella realtà di fatto.

Confrontando tale percorso ermeneutico con l'esperienza parallela della nostra giurisprudenza costituzionale in materia non può che ravvisarsi, proprio a causa del mancato approfondimento del singolo divieto di discriminazione alla base invece dell'*iter* argomentativo della Corte di Lussemburgo, una distanza di orientamenti tra le due Corti sul punto. Infatti, se è vero che la sent. n. 169/1993 della Corte cost. ha ammesso che «l'adozione di un trattamento giuridico uniforme può essere causa di una discriminazione indiretta» è anche vero che tale decisione è passata alla storia proprio in quanto rappresentativa di un caso isolato nel quadro complessivo di una giurisprudenza costituzionale in cui, a detta di chi in Italia ha studiato con attenzione e profon-

---

[36] Il *leading case* è *Grigs v. Duke Power*, Co, 401 US 4244 (1971). Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni nel rapporto di lavoro*, cit., 195 ss.; G.F. FERRARI, *Localismo ed Eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, 1984, 345 ss.; A. CERRI, I *modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza*, *Cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi a Roma il 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, 139 ss. Sulle recenti tendenze della Corte suprema americana nell'applicazione della *Equal Protection Clause* v. G.F. FERRARI, *La Corte suprema degli Stati Uniti nei terms 1997/1998 e 1998/1999* in *Giur. cost*., 1999, 2259 ss.

[37] Corte giustizia, sent. 1° luglio 1986, *Bilka*, C-170/84, in *Racc.*, I-1607, punti 29-31.

[38] Cfr. C-167/97 *Seymor smith* 9 febbraio 1999, in *Racc.*, I-623, punto 77.

dità il principio di uguaglianza, «la sottostante realtà non acquista rilievo se non attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il legislatore si è proposto in materia, mentre è raro il ricorso a valutazioni di tipo quantitativo, aventi immediato riguardo alle fattispecie disciplinate dalle norme in questione…lo stesso criterio statistico riceve secondarie e poco approfondite applicazioni» [39].

Del resto, nonostante le penetranti critiche ai «custodi dell'ortodossia positivistica», [40] gran parte della dottrina [41] ha sempre supportato tale approccio normativista da parte della Corte. Infine, se è vero che ultimamente la giurisprudenza della Corte ha dato ingresso a controlli di costituzionalità che, sganciandosi dall'accertamento dell'eventuale contraddizione tra termini normativi aventi lo stesso carattere, sembrano aprirsi «verso l'alto» raffrontando la norma oggetto del giudizio «con quel che sta più in su» del diritto positivo, quali i valori di giustizia ed equità [42], è anche vero che vi è ancora una certa riluttanza ad integrare nel parametro costituzionale di riferimento, a nostro avviso dovuta anche al mancato approfondimento dei singoli divieti di discriminazione, con quello che «sta più in giù»», il diritto positivo, vale a dire la situazione di fatto in cui trova radici e linfa vitale la discriminazione [43].

---

[39] L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, 1985, 609 ss. e 657.

[40] G. ZAGRELBESKY, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CARLASSARRE (a cura di), *Il principio di uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale*, Atti in memoria di L. Paladin, Padova, 2003, 59 ss.

[41] V. L PALADIN, cit., «l'assunto che l'organo della giustizia costituzionale possa anche sindacare la legittimità delle leggi sulla base di parametri esterni all'ordinamento suscita gravissime ragioni di dubbio in quanto il compito che la Costituzione affida alla Corte non è quello di controllare la conformità delle discipline impugnate a una mitica e inafferrabile «natura delle cose» ma quello di decidere alla stregua della Costituzione stessa, sia pure interpretata e reinterpretata di continuo».

[42] G. ZAGRELBESKY, *Uguaglianza e giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 73.

[43] D'altronde, anche da una comparazione tra il portato risultante dalla codificazione della nozione della discriminazione indiretta rispettivamente nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento italiano è evidente il grado di maggiore effettività dell'applicazione che tale forma di discriminazione ha assunto nel primo rispetto al secondo. Infatti, mentre l'art. 2, 2° comma, della direttiva n. 80/1997, facendo proprio il portato ventennale della giurisprudenza della Corte di giustizia, prevede che «ai fini del principio della parità di trattamento di cui al par. 1, sussiste discriminazione indiretta quando una posizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata d'individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguati e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso», l'art. 4, legge n. 1255/1991 in tema di azioni positive a sua volta sostituito dall'art. 8, legge n. 196/2000, prevede, molto più blandamente, che «costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggiano in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori dell'uno e dell'altro sesso e riguardano i requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa».Vedi a questo pro-

### 3.3. *La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario e la parziale emancipazione della componente valutativa di accertamento della discriminazione dalla congenita matrice relazional-comparativa*

Deve adesso esaminarsi il terzo piano prospettico di quello che si diceva essere il benefico influsso che la mancata previsione, a livello comunitario, di un generale principio di uguaglianza ha avuto sulla concettualizzazione specifica del divieto di discriminazione sulla base del sesso. A questo riguardo si farà brevemente riferimento al percorso evolutivo dello strumento del trattamento preferenziale. Una volta ampliato, come si è osservato nel paragrafo precedente, l'ambito di applicazione del divieto di discriminazione attraverso l'utilizzo, anche strumentale, del concetto di discriminazione indiretta, il passo da una tutela negativa ad una promozionale delle situazioni discriminatorie, caratterizzata dall'applicazione dello strumento del trattamento preferenziale è stato breve ed, in particolare, è derivato dal riconoscimento di un'esigenza di tutela nei confronti di quel tipo di pratica discriminatoria che non è il risultato di un preordinato intento discriminatorio da parte del datore di lavoro o dell'autorità pubblica ma che, pur non essendo voluta intenzionalmente da alcuno, è la conseguenza obiettiva che, di fatto, deriva dall'applicazione di un determinato meccanismo selettivo.

Una tale forma di discriminazione, c.d. istituzionale, pur essendo connessa funzionalmente al concetto di discriminazione indiretta, non è in grado di essere eliminata ricorrendo al correlativo divieto, ma necessita di un intervento attivo di tipo correttivo. In prima battuta un intervento di ordine volontario, da parte del datore di lavoro (privato o pubblico che sia) ed, in secondo luogo, in caso di persistenza della situazione discriminatoria, di natura coattiva da parte del legislatore, vale a dire l'adozione di disposizioni prevedenti discipline correttive di diritto diseguale per venire incontro a tali istanze.

È così che concentrandosi prima, nel silenzio del Trattato, sull'esiguo disposto dell'art. 2, 4° comma, della direttiva n. 76/207 [44] e, successivamente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sul parametro normativo superprimario fornito dal (nuovo) 4° comma dell'art. 141 CE [45], la Corte di

posito M.V. BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/1991*, in *Riv. dir. lav.*, 1992, 799 ss.

[44] A norma del quale la direttiva n. 76 207 «non pregiudica le misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'art. 1, 1° comma della stessa direttiva» (vale a dire: accesso al lavoro, ivi compresa la promozione e l'accesso alla formazione professionale, le condizioni di lavoro e sicurezza sociale).

[45] Secondo cui «allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità di uomini e donne nella vita lavorativa, il principio di parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici e diretti a facilitare l'esercizio di un'attività

giustizia ha tracciato un percorso giurisprudenziale in cui sono almeno identificabili due fasi costitutive.

In primo luogo si è assistito all'emersione e consolidamento di un processo (prima generazione dello strumento del trattamento preferenziale) che caratterizzato, inizialmente, specie in *Kalanke* [46], da una visione formalistica ed individualistica del principio generale di uguaglianza, in cui era consentito esclusivamente l'eguagliamento dei punti di partenza, si è mosso lungo un *iter* ermeneutico tracciato dai giudici comunitari tendente ad una colorazione in senso sostanzialistico dello stesso principio [47] ammettendo, sia pure a determinate condizioni, *in primis* quella della proporzionalità *sub specie* della ragionevolezza della misura preferenziale e della idoneità della qualificazione professionale alla mansione da esercitare, anche l'attribuzione del risultato finale, rappresentato, nella maggior parte dei casi, dal posto di lavoro o dalla promozione di carriera «in palio» [48]. In secondo luogo si è assistito alla delineazione di un percorso parallelo (seconda generazione) che, attraverso un processo normativo di neutralizzazione dell'enunciato linguistico significante attributivo della priorità avviatosi con Amsterdam [49] e «supportato» dalla giurisprudenza della Corte [50], ha visto un'emancipazione, nel quadro della dimensione comunitaria del diritto diseguale, da un modello esplicitamente *sex (women) oriented* a favore di uno alternativo in grado di indirizzarsi, bidirezionalmente, nei riguardi di entrambi i sessi.

In breve e rinviando altrove per una trattazione meno sommaria del tema [51], può dirsi che l'ordinamento comunitario partendo da una situazione di partenza che relegava le c.d. azioni positive a mera eccezione del principio di *equal treatment* ha in corso un processo evolutivo orientato, attraverso l'incessante operazione di approfondimento da parte della Corte di giustizia del divieto di discriminazione sulla base del sesso ed il parallelo percorso del legislatore comunitario nello stesso senso [52], verso una prospettiva, assiologicamente

---

professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

[46] Sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, *Racc.* I-3051.

[47] Sentenza 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall*, *Racc.* I-6363.

[48] Cfr. sentenze 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck ea.*, *Racc.* I-1875, e 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*, *Racc.* I-5539.

[49] Il disposto dell'art. 141 fa riferimento, bidirezionalmente, «al sesso sottorappresentato».

[50] Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, *Schnorbus Racc.* I-10997.

[51] Sia consentito rinviare O. POLLICINO, *Trattamento preferenziale nel rapporto di lavoro: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del New Legal Order*, cit.

[52] Non può non farsi riferimento, a questo proposito all'art. 23, 2° comma, della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che, recependo la svolta sostanzialistica operata in Amsterdam in tema di trattamento preferenziale, prevede ora espressamente che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del ses-

caratterizzata, in cui il trattamento preferenziale, lungi dall'essere considerato una violazione momentanea e difficilmente ammissibile del principio di uguaglianza possa essere riqualificato come proiezione in concreto dello stesso, valorizzando quindi il nucleo duro dello strumento in questione, ossia la sua naturale vocazione, ove animato dall'intento di rimuovere le situazioni di disuguaglianza di fatto esistenti, a farsi portare del valore dell'uguaglianza effettiva.

Uno stesso percorso, pur potendo contare su un parametro costituzionale dalle enormi potenzialità in questo senso, non sembra aver caratterizzato l'esperienza «parallela» della nostra giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento preferenziale. In primo luogo, infatti, la Corte costituzionale, esattamente agli antipodi della sovravalutazione, almeno in termini di quantità di contenzioso, che, come si è visto, ha caratterizzato la dimensione sovranazionale, ha quasi del tutto ignorato, effetto riflesso della poca attenzione concessa alla concettualizzazione autonoma del divieto di discriminazione sulla base del sesso «soffocato» da un lato dall'accezione formale e dall'altra da quella sostanziale del principio di uguaglianza, l'incidenza che le misure differenziate erano in grado di avere nel riequilibro della disparità dei sessi nel mercato del lavoro, salvo, le rarissime volte in cui si è occupata del problema, sottolineare la natura derogatoria dello strumento preferenziale rispetto al principio di uguaglianza, affermando come «le azioni comportano l'adozione *di discipline giuridiche differenziate* a favore delle categorie sociali svantaggiate, anche *in deroga* al principio formale di parità di trattamento, stabilito nell'art. 3, 1° comma, Cost» [53].

In secondo luogo, e soprattutto, quando la Corte ha avuto la grande *chance* [54] di legittimare costituzionalmente l'utilizzo dello strumento del trat-

---

so sottorappresentato». A ben vedere, inoltre, tale disposizione quanto all'ambito di applicazione, almeno potenziale, dello strumento del trattamento preferenziale si spinge anche più in là rispetto a quanto previsto dall'art. 141, 4° comma, CE. Infatti, tale disposizione limita la sua applicazione, anche per la sua *sedes materiae*, alla realizzazione della uguaglianza effettiva uomo-donna nell'ambiente di lavoro, mentre il raggio di azione dell'art. 23, 2° comma della Carta è molto più ampio ponendosi l'obiettivo della realizzazione della parità uomo/donna, cui è funzionale, come abbiamo visto, alla luce della impostazione caratterizzante la disposizione, la utilizzabilità (diffusa) dello strumento preferenziale, «in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, lavoro e di retribuzione».

[53] Sentenza 26 marzo 1993, n. 109, in *Giur. cost*., 1993, 973 ss. commentata da C. BARBATI, *Le azioni positive tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 1706 ss.

[54] Corte cost., 12 settembre 1995, in *Giur. cost*., 1995, 3255 ss. Cfr., criticamente, sulla decisione in commento, V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote nel giudizio di due autorevoli Corti*, in S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro*, Trento, 1997, 51 ss.; M. BARBERA, *L'eccezione e la regola*, *ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. BECCALLI (a cura di), *Donne in Quota*, Milano, 1999, 91 ss.;. L. CARLASSARE, *La rappresentanza femminile*, *principi formali ed effettività*, in F. BIMBI-A. DEL RE (a cura di), *Genere e democrazia*, *La cittadinanza delle donne a 50 anni dal voto*, 1997, 84, 81 ss.; U. DE

tamento preferenziale per rendere più equilibrato il profondamente squilibrato (al maschile) mondo della rappresentanza politica, «abbagliata» da un approccio *gender blind* fondato sulla presunta irrilevanza giuridica del sesso come portato fondamentale del principio di uguaglianza formale, ha ritenuto che l'applicazione di misure differenziate in politica, attribuendo direttamente il risultato in palio, non solo non apparirebbe «coerente con le finalità indicate nel 2° comma dell'art. 3» ma si porrebbe anche «irrimediabilmente in contrasto con i principi che regolano la rappresentanza politica, quali si configurano in un sistema fondato sulla democrazia pluralistica, connotato essenziale e principio supremo della nostra Repubblica».

Non è questa la sede per un esame approfondito dello «strabismo logico» [55] in cui la Corte sembra essere incorsa nel caso in questione; si sottolinei soltanto come alle argomentazioni a fondamento delle poche righe or ora citate si potrebbero muovere almeno tre obiezioni.

Innanzitutto ciò che stupisce nel passo della motivazione richiamata è lo scambio dei piani, lo spostamento concettuale per cui una norma volta a consentire parità di *chances* viene considerata direttamente attributiva del risultato. Ma il risultato è l'elezione, non la candidatura [56].

Il secondo profilo critico del passo citato investe lo stesso carattere sostanziale delle misure finalizzate al riequilibrio della rappresentanza elettorale, oggetto del giudizio di costituzionalità nel caso di specie.

Dichiarare, come fa la Corte, che «nell'intendimento del legislatore la norma in questione tendeva a configurare una sorta di azione positiva», ha contribuito ad alimentare l'equivoco di fondo per cui, nella maggioranza della dottrina, ci si ostini ancora a considerare tali disposizioni appartenenti al *genus* dello strumento del trattamento preferenziale accostandole indebitamente alle misure correttive che si sono viste caratteristiche dell'esperienza giurisprudenziale comunitaria nell'area lavoristica che, per attribuire direttamente il risultato finale in palio, necessitano per la loro legittimazione, del ricorso ad una caratterizzazione in senso sostanziale del principio generale di uguaglianza. Deve invece rilevarsi come il tipo di disposizioni su cui adesso si sta concentrando l'attenzione, specie se neutralmente formulate, con l'unico obiettivo di consentire l'eguale accesso alle condizioni indispensabili (inserimento nelle

---

SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3269 ss.; G. CINANNI, *Le leggi elettorali ed azioni positive in favore delle donne*, in *Giur. cost.*, 1995, 3283 ss.

[55] Sia consentito rinviare, per un esame più dettagliato sul punto a O. POLLICINO, *Storia (e conseguenze) di «uno strabismo logico»: la Corte costituzionale e la parità dei sessi nella rappresentanza politica*, in *Quaderni reg.*, 2004, 75 ss.

[56] Cfr., in senso adesivo, L. CARLASSARRE, *L'integrazione della rappresentanza*, cit., 26; U. DE SIERVO, *La mano pesante della Corte sulle quote nelle liste elettorali*, cit., 3270; M.V. BALLESTRERO, *Azioni positive e quote*, cit., 50.

liste elettorali) perché l'elezione sia possibile a uomini e donne – e quindi perché le une, allo stesso modo degli altri, possano avere pari opportunità di godere effettivamente del diritto politico all'elettorato passivo – avendo per fine di regolare in modo eguale l'accesso alle cariche elettive «senza distinzioni di sesso», risultano assolutamente conformi con una caratterizzazione in senso formale del principio generale di uguaglianza. Al *genus* del trattamento preferenziale, *sub specie* quote riservate, dovrebbero invece considerarsi appartenere esclusivamente quelle misure che, nel campo della rappresentanza politica, operassero, in un'ipotesi di scuola, una vera e propria «riserva di seggi» attribuendo dunque il risultato finale «in palio» che, si è visto, nel settore lavoristico, coincide con il posto di lavoro o la promozione cui ambiscono i candidati ad un procedimento di selezione [57].

In terzo luogo, dopo aver così evidenziato il *proprium* delle misure preferenziali nella rappresentanza politica, viene a svuotarsi di significato l'argomentazione, contenuta nella motivazione prima richiamata, relativa alla presunta violazione dell'art. 51, 1° comma, Cost. ed al conseguente falso dogma dell'irrilevanza del sesso nell'accesso alle cariche elettive.

Posto, infatti, con le stesse parole della Corte, che «l'art. 51 Cost. è finalizzato a garantire l'assoluta eguaglianza dei due sessi nella possibilità di accedere alle cariche pubbliche», non riesce a comprendersi come una disposizione come quella in esame, mirante a realizzare *di fatto* un eguaglianza esistente solo *sulla carta*, possa essere tacciata di incostituzionalità in riferimento all'art. 51, 1° comma, Cost., quando invece va proprio nella direzione indicata dalla disposizione costituzionale, in assoluta coerenza con la sua *ratio* più autentica. In altre parole, non si riesce a capire come la concezione liberale della rappresentanza possa rappresentare un ostacolo ad una disposizione finalizzata ad ottenere un'eguale presenza di uomini e donne, e quindi, per questo, attuativa del principio di uguaglianza formale che, a sua volta, rappresenta il maggiore portato proprio di quella concezione liberale che si accampa come presunto ostacolo all'ammissibilità costituzionale dello strumento preferenziale.

Solo recentemente, anticipata dalla modifica del parametro costituzionale inerente l'ordinamento regionale [58] e seguita dalla revisione dell'art. 51 Cost. [59],

---

[57] Cfr. per una impostazione simile ma differente perché ancora legata ad una configurazione duplice dell'uguaglianza, dissociata in due principi autonomi, rispettivamente formale e sostanziale, L. CARLASSARRE, *Parere sulla legittimità costituzionale della previsione di una quota del 50% riservata alle candidature femminili*, cit.

[58] La legge cost. n. 3/2003, modificativa del Titolo V, Cost., ha aggiunto un VII comma, all'art. 117, Cost. a norma del quale: «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale».

[59] Ad opera della legge cost. 30 maggio 2003 che, all'originario 1° comma, «Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici ed alle cariche elettive in condi-

è arrivato il parziale cambio di rotta, in cui molti hanno voluto vedere un totale *revirement* [60], della Corte costituzionale con la decisione n. 49/2003 in cui la Consulta sembra essere stata influenzata dal percorso evolutivo in senso sostanzialistico dello strumento del trattamento preferenziale in sede comunitaria, ha attribuito, finalmente, dignità costituzionale all'elemento fattuale dato dalla persistente sottorappresentazione delle donne nell'agone politica che, per troppo tempo, era rimasto ai margini della «cittadella costituzionale» [61].

---

zioni di eguaglianza» ha aggiunto il periodo «a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

[60] La Corte riesce, con una forte dose di creatività, ad inventarsi una «terza via» intermedia tra la conferma dell'ingombrante precedente rappresentato dalla sent. n. 422/1995 ed un effettivo *revirement*. L'infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal Governo e la conseguente «salvezza» della normativa impugnata non sono stati infatti la conclusione di un *iter* logico argomentativo finalizzato ad una revisione dei capisaldi concettuali alla base della sent. n. 422/1995 ma il risultato di una forzata manipolazione del dato normativo ad oggetto della decisione di presunta svolta, che ne ha comportato una differenziazione artificiale rispetto alla disciplina oggetto della sent. n. 422/1995 cui, invero era sostanzialmente assimilabile. Sia consentito rimandare, per una lettura in questo senso della sent. n. 49/2003, a O. POLLICINO, *Storia e conseguenze*, cit.

[61] Nella sent. n. 422/1995 la Corte, pur consapevole della posizione di assoluta minorità nella rappresentanza politica da parte delle donne (costituenti la maggioranza, *inter alia*, dei nostri connazionali) aveva curiosamente affermato che misure finalizzate ad attenuare tale disproporzione «costituzionalmente illegittime in quanto imposte per legge, potessero invece essere valutate positivamente ove liberamente adottate da partiti politici, associazioni o gruppi che partecipano alle elezioni, pervenendo quindi a risultati validi attraverso un'intensa azione di crescita culturale che portasse partiti e forze politiche a riconoscere la necessità improcrastinabile di perseguire l'effettiva presenza paritaria delle donne nella vita pubblica, e nelle cariche rappresentative in particolare». Una classica esemplificazione di «esternalizzazione costituzionale» in senso stretto in cui il problema dell'uguaglianza e della parità viene «esternalizzato», cioè posto al di fuori dell'area di azione del diritto, e l'elemento della «disparità di fatto» resta al di fuori del quadro costituzionale di riferimento. Con la decisione n. 49/2003 la Corte ritorna su i suoi passi e prendendo atto dell'inerzia dei partiti nell'attivarsi, su base volontaria, affinché si potesse procedere spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica, ha dichiarato costituzionalmente legittimo un vincolo legale rispetto alle scelte di chi forma e presenta liste, ritenendo conforme al nuovo quadro costituzionale di riferimento «il perseguire come effetto di legge quello che si auspicava potesse avvenire attraverso scelte statutarie e regolamentari dei partiti i quali fino ad ora aggiunge eufemisticamente la Corte, non hanno mostrato grande propensione a tradurle spontaneamente in atto con regole con regole di autodisciplina previste ed effettivamente seguite» Una graziosa parafrasi per dire come la misura legislativa in questione sia stata non solo «costituzionalmente» giustificata ma anche «costituzionalmente necessaria» a causa dall'immobilità assoluta dei partiti nel procedere spontaneamente ad un riequilibrio della presenza attiva delle donne in politica. A ben vedere si tratta di un'operazione ermeneutica degna di nota, caratterizzata dall'«internalizzazione» del dato fattuale nell'ambito del parametro costituzionale che si arricchisce di quanto, nella precedente decisione, era stato, invece, «esternalizzato», e tenuto ai margini del «costituzionalmente rilevante». L'elemento fattuale della disparità tra uomini e donne nella rappresentanza politica, prima relegato al libero gioco delle volontà partitiche, viene, infatti, fatto rientrare nell'ambito di azione dell'obbliga-

## 4. *Alla ricerca del verso discendente della mutua alimentazione tra ordinamenti: quali, per il nostro quadro costituzionale in tema di uguaglianza, i possibili effetti benefici derivanti dalla parallela esperienza sovranazionale?*

L'ultimo punto che interessa qui fare emergere come *spill over effect* della concettualizzazione giuridica, a livello comunitario, dei singoli divieti di dischiminazione, deve essere analizzato riallargando il *focus* della nostra indagine dalla discriminazione sulla base del sesso a quella che, sotto un profilo più generale, è stata di recente definita una nuova generazione [62] o nuova stagione [63] del diritto comunitario antidiscriminatorio.

Ci si riferisce a quanto previsto dal Trattato di Amsterdam all'art. 13 del Trattato che, andando per la prima volta oltre i confini tradizionali dei divieti tradizionali stabiliti dall'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso), prevede che la legislazione comunitaria possa vietare anche le discriminazioni operate sulla base dell'origine etnica, del credo religioso, delle convinzioni personali, dello stato di *handicap*, dell'età e delle tendenze sessuali. E così è stato. Partendo da tale base giuridica l'Unione europea ha, infatti, adottato tre nuove direttive in materia di discriminazione: la direttiva n. 2000/43, che attua il principio di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; la direttiva n. 2000/78 CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia in materia di occupazione e di condizioni di lavoro ed infine la direttiva n. 2002/73 di modifica della direttiva n. 1976/207, relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale.

La prima domanda da porsi di fronte all'ampiezza della tutela antidiscriminatoria di tale nuova generazione non può che consistere nel chiedersi perché «uno sguardo normativo finora tanto selettivo di fronte ai fenomeni di discriminazione sociale, cieco a ogni differenza che non fosse di sesso o di nazionalità, diventa all'improvviso così acutamente consapevole dei danni sociali e morali del razzismo e della xenofobia» [64]. Svariati sono stati i tentativi di trovare una risposta convincente [65], ma, a nostro parere, ha colpito nel segno chi

---

torietà giuridica e conseguentemente, l'oggetto assume una luce diversa (costituzionalmente legittima) in virtù dell'attribuzione di una rilevanza costituzionale al «fatto».

[62] S. FREDMAN, *Equality:* a *New Generation*? in *Industrial Law Journal*, n. 30, 2001, 145 ss.

[63] M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, 399 ss.

[64] M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza*, cit., 402.

[65] Un primo tentativo di spiegazione è stato dato da chi ha ritenuto che in passato, e fino alla svolta della nuova fase del diritto antidiscriminatorio, non vi fossero ragioni di carattere econo-

ha fatto leva, peraltro sottolineando un aspetto che come si è avuto modo di osservare in precedenza è stato spesso trascurato dalla dottrina giuspubblicistica interna, sul carattere storico e spesso addirittura contingente della tutela antidiscriminatoria [66].

Non sembra infatti solo una coincidenza che la direttiva n. 2000/43 sia stata approvata nel giro di sette mesi a neanche un anno di distanza della vittoria del partito razzista e xenofobo di Haider alle elezioni politiche austriache del 1999 [67]. Così come non sembra essere una mera casualità il fatto che si sia seriamente iniziato a parlare del necessario intervento del legislatore comunitario in tema di razzismo quando si profilava imminente l'ingresso nell'Unione europea di 10 nuovi Paesi, molti dei quali afflitti, storicamente, da fenomeni di razzismo ed isolamento delle minoranze [68].

Ecco che sembra emergere dal fiorire della nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario una chiara valorizzazione di quel carattere emancipatorio e correttivo congenito al principio di uguaglianza e ricavabile anche dal nostro potenziale costituzionale, a patto di non offuscare la originaria vocazione di tale principio a farsi garante anche, in una dimensione verticale che parte dal concetto di autorità per terminare nella nozione di libertà, del diritto ad «essere trattati ugualmente».

Valorizzazione, quest'ultima che emerge chiaramente accostandosi al portato normativo della nuova disciplina antidiscriminatoria comunitaria. Ciò che infatti sembra poter rappresentare il *file rouge* unificante le direttive di nuova generazione prima citate è l'affiancamento alla componente procedurale di matrice relazionale connaturata al giudizio di discriminazione [69] di un elemento nuovo ed in un certo senso rivoluzionario, consistente nell'attenzione, sotto una prospettiva questa volta valoriale contenutistica, alla efficacia, nel merito, della tutela antidiscriminatoria apprestata dal legislatore a prescindere dalla

---

mico per occuparsi di garantire, con una tale ampiezza, la parità nella dimensione comunitaria perché differenti livelli di diritti umani e di diritti sociali non erano ritenuti capaci di ostacolare la libera concorrenza del mercato comune. Una spiegazione alternativa è stata avanzata da Sandra Fredman secondo la quale, mentre in passato la sussistenza della discriminazione sulla base della razza era ammessa in quanto funzionale (grazie alla sua creazione di una fascia di forza lavoro di riserva a basso costo e poco protetta) al fine ultimo della Comunità economica europea, ossia la creazione di un mercato unico, attualmente tali utilitaristiche motivazioni sarebbero venute meno di fronte all'accettazione di una convergenza tra fini economici e fini di giustizia e di equità. Cfr. S. FREDMAN, *Equality*, cit., 149.

[66] M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza*, cit., 403.

[67] M. BARBERA, ivi.

[68] Caso esemplare i ripetuti atteggiamenti di esclusione razzista che ormai da tempo immemorabile è costretta a subire la popolosa componente ROM in Ungheria.

[69] Cfr. nello stesso senso M. BARBERA, *Discriminazione ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, 1991, 216.

valutazione, di carattere comparativo, che situazioni uguali abbiano o meno ricevuto un trattamento equivalente. In maniera sicuramente più chiara è riuscito ad evidenziare lo stesso concetto chi ha affermato recentemente che «la nozione di discriminazione oggi positivizzata della direttiva comunitaria e riferita anche a situazioni in cui il raffronto con altre posizioni non costituisce un elemento costitutivo necessario della fattispecie» [70].

Svariati potrebbero essere le esemplificazioni normative volte a surrogare tale convincimento [71]. Due ci sembrano decisive.

In primo luogo l'art. 2 della direttiva n. 2000/43, nel definire la dischiminazione diretta, non ripropone il tradizionale modello fondato sul necessario e preventivo accertamento di un effettivo trattamento più sfavorevole della vittima rispetto ad un soggetto terzo la cui situazione è assunta come parametro di comparazione, ma, pur facendo proprio, come del resto è congenito al giudizio di discriminazione, il momento relazionale, lo «sublima» nell'ammettere non solo che la comparazione possa essere effettuata con riferimento all'accertamento del trattamento attuale o passato di una persona nella stessa situazione, ma anche alla valutazione di quello che sarebbe stato il trattamento *eventuale* di una persona, uomo o donna, solo *ipotetica*, che si fosse trovata nella stessa situazione. Viene quindi ammessa, per la prima volta, che la valutazione comparativa,a fondamento del giudizio di discriminazione, sia effettuata in riferimento ad un termine di paragone «virtuale» con un conseguente proporzionale allargamento del margine interpretativo in capo all'interprete [72].

In secondo luogo ed in misura più evidente, il 3° comma dell'art. 2 della stessa direttiva prevede che «la molestia o la violenza deve essere considerata equivalente ad una discriminazione quando una determinata condotta, volontariamente o anche per un effetto involontario, determini una violazione della *dignità* della persona» o comunque crei, intorno alla persona offesa, un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo. Si tratta di uno dei primi riferimenti presenti in una fonte comunitaria vincolante [73] derivata [74] al

---

[70] M. BARBERA, *Uguaglianza e differenza*, cit., 413.

[71] Ne fa una lucida analisi Barbera, *ivi*.

[72] Quest'ultimo aspetto lo sottolinea bene M. BARBERA, *Not the same? The judicial role in the new community antiscrimination law context*, in *Industrial Law journal*, 2002, 82 ss., spec. 89 ss.

[73] In precedenza alla dignità umana facevano riferimento, se pur in via secondaria, il regolamento (CEE) n. 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità in uno dei suoi considerando («considerando che il diritto di libera circolazione richiede, perché esso possa essere esercitato in condizioni obiettive di libertà e di dignità …») e l'art. 12 della direttiva n. 89/552/CEE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive («la pubblicità televisiva non deve: a) vilipendere la dignità umana»).

[74] Per quanto riguarda la normativa primaria comunitaria, basti ricordare come il riferimento alla dignità umana non costituisca soltanto il meta-principio caratterizzante il preambolo

concetto di dignità umana che, da valore meta-giuridico, acquista, dunque, anche nella dimensione sovranazionale, un *legal value*[75], riflesso dell'ormai consolidato patrimonio costituzionale comune europeo in tema[76]. Ma, più ancora, si tratta di un caso esemplare di totale emancipazione del giudizio di discriminazione dalla componente comparativa relazionale. La vittima di una molestia è infatti, secondo il legislatore comunitario, discriminato per il solo fatto (non è poco) di aver subito un pregiudizio alla sua dignità a prescindere dall'accertamento che altri abbiano potuto o meno subire la stessa lesione.

---

(l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà), il primo capo, intitolato alla dignità, ed il primo articolo della Carta dei diritti fondamentali di Nizza che specificamente sancisce che «la dignità umana è inviolabile e deve essere rispettata e tutelata», ma, come già evidenziato in precedenza, rappresenti più generalmente, insieme alla solidarietà ed all'uguaglianza di fatto, il valore fondante della dimensione più sostanzialistica che sembra connotare assiologicamente la previsione della vasta gamma di diritti sociali presente nella Carta dei diritti fondamentali che, una volta completatesi positivamente (se mai lo saranno) le operazioni di ratifica del nuovo Trattato costituzionale, acquisterà un valore giuridicamente vincolante per gli ordinamenti degli Stati membri. Trattato costituzionale che, all'art. I-2, pone come primo valore a fondamento dell'Unione proprio il rispetto della dignità umana, seguito da libertà, democrazia, uguaglianza, stato di diritto e tutela dei diritti umani.

[75] S. FREDMAN, *Equality: a New Generation?*» cit., 145 ss. Cfr. anche V. FELDMAN, *Human Dignity as legal value*, in *Public law*, 1999, 682.

[76] Innanzitutto si pensi al nuovo modello sociale fatto proprio dalle Costituzioni successive agli orrori fratricidi della seconda guerra mondiale, non solo con riferimento alla Legge fondamentale tedesca che, com'è noto, fa del valore della dignità umana, prevedendolo al suo art. 1, un principio conformante l'intero sistema costituzionale, ponendo, come Bognetti sottolinea, in *The concept of human dignity in european and American costitutionalism*, 2003, *paper*, un «Grundwert», ma anche al fondamentale richiamo dello stesso valore da parte del 1° comma, dell'art. 3 Cost., che serve a umanizzare la «*frigidità sociale*» del divieto di discriminazione ed al 1° comma, dell'art. 41, Cost. in cui si manifesta il limite apportato dalla visione sociale dello Stato all'imperativo liberale della iniziativa economica «*no limits*». Per un esaustivo e attento esame del valore della dignità nella nostra giurisprudenza costituzionale A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'Uomo e giurisprudenza costituzionale*, *(prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, 343 ss. Per il contesto comparato e comunitario vedi G. BOGNETTI, *The concept of human dignity* cit., in cui l'Autore rileva, a supporto di quanto si è sostenuto a proposito dell'importanza crescente che il valore della dignità sociale sembra assumere nella relativamente recente fase del patrimonio costituzionale comune come «*other European legal systems, besides Germany, Italy and France have recently made use of the concept of dignity of man, both at the constitutional level and at the level of the ordinary law, in order to orient its interpretation and its developments*». V. G. BOGNETTI, *op cit*., 11. Per quanto riguarda l'arricchimento, in una prospettiva comparata, del parametro costituzionale in questa direzione basti pensare al ruolo centrale che la dignità umana occupa nelle recenti Carte costituzionali di Svizzera e Ungheria. In generale sul valore che la dignità è in grado di rappresentare nella nuova fase del costituzionalismo europeo, vedi il bel saggio di PEDRO SERNA, *Dignidad human*, in E. ÁLVAREZ CONDE-V. GARRIDO MAYOL (coord. S. GARCÍA COUSO), *Comentarios a la Constitución Europea*, I, Valencia, 2004, 191 ss.

Non sembra un eccesso terminologico parlare di svolta [77]. Per la prima volta infatti viene messo in discussione il dogma aristotelico su cui si è sempre basato il giudizio di uguaglianza per cui «*like should be treated alike*» [78]. Sembra così superarsi il maggior limite del principio in questione, a norma del quale «situazioni uguali devono essere trattate allo stesso modo» consistente nel fatto che esso, avendo una natura esclusivamente relazionale e comparativa, può essere soddisfatto sia trattando due persone ugualmente bene che trattando quest'ultime ugualmente male, vale a dire rimuovendo il beneficio goduto dal soggetto che tra le due persone è trattato meno peggio e uguagliandole in una situazione di «miseria comune». È proprio il riferimento alla dignità dell'uomo, meta-principio che non accetta comparazioni e tanto meno uguagliamenti al ribasso essendo un valore assoluto per natura, che libera il giudizio antidiscriminatorio dalla trappola relativistica in cui, per natura, tende a impantanarsi [79].

---

[77] Critiche nei confronti della impostazione che in questa sede si sta seguendo in relazione all'abbandono se pur momentaneo del paradigma comparativo nel giudizio di discriminazione si sono levate da M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianze e differenze*, in *Lavoro e dir.*, 502 ss., e da D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione*? *Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, 423 ss.

[78] Per una critica in merito ai limiti della concezione aristotelica cfr. G. MORE, *Equal Treatment of the Sex in European Community Law: What does Equal Mean?*, in *Femminist Legal Studies*, 1993, 51 che sottolinea come si tratti di una nozione che sconta una non indifferente componente tautologica in quanto «it tell us to treat like people alike; but when we ask "who like people", we are told they are people who should be treated alike».

[79] Pur non essendo questa la sede, essendo la nostra prospettiva privilegiata quella comunitaria, per approfondire implicazioni è conseguenze che il concetto della dignità umana ha avuto nel quadro del diritto internazionale, non può non accennarsi come è proprio in questo contesto che il valore in questione ha assunto rilevanza ed utilità giuridica ai fini della concettualizzazione autonoma dei singoli divieti di discriminazione e della valorizzazione che dovrebbe essere sempre attribuita al carattere correttivo ed emancipatorio del diritto antiscriminatorio. La rilevanza è data dal fatto che il primissimo richiamo alla dignità umana è operato nel 1945 dalla Carta delle Nazioni Unite, seguito nel 1948 dal riferimento contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti umani. Per capirne l'utilità deve farsi riferimento a quella dottrina internazionalistica che, indagando sulla relazione intercorrente tra discriminazione ed uguaglianza tanto ai sensi della Convenzione OIL n. 111 sulla discriminazione nell'impiego e nell'occupazione quanto a norma degli altri patti internazionali sul tema (*in primis* il Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966), ha fatto notare come, nell'ambito del diritto internazionale, il fondamento del divieto di discriminazione non risiede nel principio generale che vieta le disuguaglianze arbitrarie, quanto nella «valorizzazione della pari dignità sociale degli esseri umani». Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., 68. L'autrice appare tra le prime voci della dottrina italiana a sottolineare l'importanza del concetto di dignità sociale per la realizzazione del concetto di uguaglianza di fatto che costituisce l'obiettivo ultimo della tutela internazionale. Sembra proprio che un'indagine attenta del diritto internazionale possa permettere di apprezzare quest'ultima area come la *sedes materiae* privilegiata, attraverso la stipula delle convenzioni aventi ad oggetto motivi ed ambiti specifici, in cui l'essere umano si spoglia della astrattezza olimpica delle dichiarazioni universali per assumere i più variegati panni dell'uomo

Che si sia entrati effettivamente nel corso di una nuova del diritto antidiscriminatorio e non in una illusoria estate invernale di S. Martino, lo testimonia anche la consapevolezza che il legislatore comunitario del 2000 ha dimostrato in relazione al completamento del processo di trasfigurazione che, nella sfera europea, ha caratterizzato il principio di antidiscriminazione che partendo, come abbiamo visto, da una connotazione meramente funzionale, in una prospettiva esclusivamente economica, alla realizzazione del mercato unico, si è arricchito, strada facendo, facendosi carico di esigenze di tutela sociale delle lavoratrici comunitarie per spingersi, in una terza fase al di là dei confini lavoristici, fino a coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, per costituire, infine, andando anche oltre la dimensione sociale, l'elemento necessario per la stessa sopravvivenza dell'ordinamento comunitario, facendosi portatore di quei valori di pace, convivenza civile e solidarietà imprescindibili per alimentare il progetto di una Unione europea che non sia solo area di libero mercato ma anche (e soprattutto) spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui possano svilupparsi società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica [80].

---

concreto e della donna concreta, della prima reazione al movimento di matrice liberale (e quindi individualistica) che aveva portato «dallo status al contratto». Reazione, quest'ultima, che afferma la necessità di andare al di là del divieto di discriminazioni irrazionali che costituisce il profilo negativo delle proclamazioni classiche del principio di uguaglianza, fino a considerare come primo obiettivo l'eliminazione delle discriminazioni contro la persona «"in funzione" del carattere «odioso» del criterio personale di distinzione adottato, che è molto più che irrazionale o arbitrario, poiché il suo impiego si qualifica come una violazione della dignità umana e dell'uguaglianza originaria di tutti gli esseri umani». Cfr., M. BARBERA, *discriminazione*, cit., 100. Per un'impostazione del problema in termini simili, nella dottrina internazionalistica straniera, cfr., W. MC KEAN, *Equality and discrimination under international law*, Oxford, 1983; E.W. VIERDAG, *The concept of discrimianation in international law*, 1973, F. PINERO, *Igualdad y discrimination*, Madrid, 1986. A supporto della tesi qui sostenuta per cui il diritto internazionale offrirebbe un parametro fondativo privilegiato ai fini della legittimazione dello strumento del trattamento preferenziale si rimanda alle osservazioni di Eliane Vagel Polski che nell'art. 4/1979 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione (che prevede che l'adozione da parte degli Stati di «speciali misure di carattere temporaneo dirette ad accelerare l'instaurazione di un'uguaglianza di fatto tra uomini e donne»), fonda la legittimità, a livello di diritto internazionale, delle azioni positive in tutti gli ambiti politici e sociali in cui si pone la necessità di assicurare l'eguaglianza effettiva tra i sessi. Cfr. E. VAGEL POSKY, *Les actiones positives e les contraintes constitutionnelles et legislatives qui pesent sur leur mise en ouvre dans l'Etats membre su Conseil d'Europe*, EG, 89, I, Strasburgo, 1989, 13.

[80] Cfr. considerando nn. 12 e 8 della direttiva n. 2000/43. Secondo il primo «per assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentano la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall'origine etnica, le azioni specifiche nel campo della lotta contro le discriminazioni basate sulla razza o l'origine etnica dovrebbero andare al di là dell'accesso alle attività di lavoro dipendente e autonomo e coprire ambiti quali l'istruzione, la protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, le prestazioni sociali» A norma del secondo «le discriminazioni basate sulla razza o sull'origine etnica possono pregiudicare

### 4.1. *Considerazioni conclusive*

Tentando in sede conclusiva, ed in coerenza con l'iniziale dichiarazione di intenti, di valutare l'impatto che il valore aggiunto derivante dalla concettualizzazione giuridica autonoma e dal conseguente specifico approfondimento interpretativo dei singoli divieti di discriminazione nella dimensione comunitaria possa essere in grado di produrre nel nostro ordinamento al fine di far fruttare in modo pieno l'immenso potenziale che il nostro parametro costituzionale offre (*melius*: offrirebbe) al giudice ed all'interprete nella lotta contro le nuove e vecchie forme di discriminazione, non si può che riprendere il filo del discorso laddove lo si è interrotto nel paragrafo precedente. Le novità che, infatti, si sono indicate a livello comunitario come espressione normativa della nuova stagione europea del diritto antidiscriminatorio, e specialmente il riferimento alla dignità umana come fondamento idoneo ad emancipare, almeno in parte, la tutela discriminatoria dalla sua componente relazionale, sono adesso parte integrante anche del nostro ordinamento giuridico. Il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 di recepimento della più volte citata direttiva n. 43/2000, prevede infatti che sono da considerare come discriminazioni «anche le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo». È auspicabile che, da un lato (quello inferiore), la caratterizzazione assiologica di tale normativa, e dall'altro (il superiore), l'effetto conformante della esperienza sovranazionale (comunitaria ma anche internazione) sul tema possano iniettare ossigeno salutare all'asfittico ruolo interpretativo attribuito ai singoli divieti di discriminazione previsti dalla nostra Carta costituzionale soffocati, anche per la loro posizione, tra i due tronconi che compongono il principio generale di uguaglianza. Quali allora, in particolare, i possibili effetti che i percorsi evolutivi dei divieti di discriminazioni che si sono esaminati nella dimensione sovranazionale possono avere in questo senso?

Innanzitutto, assumendo come modello l'esperienza giurisprudenziale comunitaria, e prima ancora nord-americana, in tema di discriminazione indiretta, una prima conseguenza potrebbe consistere nel prestare una maggiore attenzione al momento finale del giudizio di discriminazione, coincidente nell'accertamento di fatto, sul piano dell'*output* e quindi degli effetti che una data normativa è in grado di produrre sulla realtà sociale, delle possibile conse-

---

il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e solidarietà. Esse possono anche compromettere di sviluppare l'Unione europea in direzione di l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà sicurezza e giustizia».

guenze sfavorevoli che ne possono scaturire per gli individui o i gruppi destinatari, diretti o indiretti, della normativa stessa. Accertamento quest'ultimo che andrebbe a completare ed a equilibrare il momento valutativo relativo al giudizio di discriminazione che, come si è sottolineato in apertura, tende, allo stato attuale, a conchiudersi in quella che dovrebbe essere solamente la sua fase iniziale, vale a dire l'attenzione prestata al criterio formale di distinzione impiegato dalla disciplina in esame ed il conseguente accertamento della corrispondenza tra il trattamento eguale o diseguale di singoli individui o gruppi ed il fine della normativa oggetto del giudizio. In questo modo non solo verrebbero ad essere integrate nel parametro di cosituzionalità le differenze di fatto che, alla luce del modello valutativo tradizionale, perdono qualsiasi peso perché considerate estranee allo scopo della legge ma si sarebbe anche in grado di definire, come *telos* ultimo del diritto antidiscriminatorio, il raggiungimento di un'uguaglianza di fatto. Il che consentirebbe, finalmente, sulla scia dei risultati raggiunti dall'esperienza parallela nella dimensione comunitaria [81] ed internazionale [82], di intendere lo strumento del trattamento preferenziale non come eccezione ai divieti di discriminazioni ma come strumento non solo costituzionalmente ammissibile, ma anche costituzionalmente obbligatorio affinché il principio generale di uguaglianza possa declinarsi in termini di parità. A tale risultato sarebbe collegato anche quello ulteriore che, beneficiando dell'esperienza del diritto internazionale antidiscriminatorio sul tema [83] ma anche della nuova stagione del diritto comunitario e muovendo dalla consapevolezza che le ragioni (*grounds*) nelle quali si declina il principio di discriminazione in tutte le Carte costituzionali, e specie nella nostra, sono codificate proprio come reazione normativa a reali situazioni discriminatorie perpetrate proprio sulla base di quei motivi [84], consentirebbe una riscoperta del valore

[81] Si faccia riferimento non solo all'evoluzione giurisprudenziale in tema di azioni positive ma anche ai nuovi parametri normativi previsti dagli artt. 141, 4° comma, CE e 23 della Carta di Nizza che sembrano proprio orientati in questo senso. Sia consentito rimandare per un approfondimento della materia a O. POLLICINO, *op. cit*.

[82] Cfr., in generale supra, nota 79 ed in particolare, a conforto della caratterizzazione dell'esperienza internazionale in tema di. azioni positive in termini di proiezione in concreto del principio di uguaglianza e non di deroga a quest'ultimo cfr., E.W. VIERDAG, *op. cit*., 73, W. MCKEAN, *op. cit*., 159, E. VOGEL POSKY, *op. cit*., 13.

[83] Dove, come accennato in precedenza alla nota 79 «nel passaggio alle proclamazione di tipo universale e di natura programmatica a patti di ambito specifico e di carattere precettivo i motivi di discriminazione si sono evoluti progressivamente in concetti legali corrispondenti a fattispecie legali tipiche»: M. BARBERA, *op. cit*., 169.

[84] Questa consapevolezza era bene presente all'interno dell'Assemblea costituente. Basti ricordare l'intervento dell'On. Laconi che, opponendosi all'emendamento Gingolani che intendeva sostituire a «razza» la parola «stirpe», aggiungeva: «non possiamo accettare questa proposta perché in questa parte dell'articolo (quella che fa riferimento alla razza) vi è un preciso riferimento a qualche cosa che è realmente accaduta in Italia, al fatto cioè che determinati principi

storico e contingente del principio di antidiscriminazione. Alla luce di tale riscoperta non può quindi essere attribuito al principio in questione un'accezione neutrale consistente nel divieto di qualsiasi differenziazione, non soltanto perché ciò ignorerebbe i fenomeni sociali sottostanti alla base del divieto, ma perché, ancora più pericolosamente, farebbe di disposizioni dalla congenita vocazione correttiva ed emancipatoria uno strumento per l'alimentazione ed il consolidamento dello *status quo* (discriminatorio). Il pre-orientamento assiologico di cui si doterebbero i divieti di discriminazione avrebbe altresì, come fondamentale *spillover effect*, la valorizzazione del momento prescrittivo dei divieti stessi, per cui non sarebbe vietata ciascuna differenziazione in sé, ma caratterizzando assiologicamente il termine «distinzione» previsto dall'art. 3, 1° comma, Cost., sarebbe da considerarsi illecita solo quella distinzione che, fondata su qualità personali del soggetto e producendo delle conseguenze sfavorevoli nei confronti delle categorie nominate dallo stesso comma, equivarrebbe, di fatto, ad una discriminazione.

Rimarrebbe un ultimo nodo da sciogliere: quale il criterio per riconoscere le conseguenze sfavorevoli subite da un gruppo o da un individuo? Se non si può fare a meno, essendo il profilo procedurale fondato sulla comparazione congenito, come si è avuto più volte modo di osservare, al diritto antidiscriminatorio, di prendere in considerazione il criterio relazionale, sembra che attingendo alle sollecitazioni che in questo senso provengono dalla nuova stagione del diritto comunitario e dal diritto internazionale ma, soprattutto, attribuendo l'importanza che merita al nostro parametro costituzionale in tema di uguaglianza che, ricordiamolo sempre, antepone la dignità sociale [85] all'ugua-

---

razziali sono stati impiegati come strumento di politica ed hanno fornito un criterio di discriminazione degli italiani, in differenti categorie di reprobi e di eletti. Per questa ragione, e cioè per il fatto che questo richiamo alla razza costituisce un richiamo ad un fatto realmente avvenuto e che noi vogliamo condannare, oggi in Italia, riteniamo che la parola razza debba essere mantenuta». Cfr. Atti dell'Assemblea costituente del 24 marzo 1947, 2422-2423.

[85] La consapevolezza dell'insufficienza del modulo espressivo dell'uguaglianza davanti alla legge era ben presente ai nostri Costituenti che hanno voluto dare una connotazione assiologica alla proclamazione del principio di uguaglianza davanti alla legge attraverso l'elemento nuovo, di valore prescrittivo ed immediatamente riferibile al soggetto titolare del diritto, rappresentato dalla riscoperta dei valori della parità e della dignità sociale. Cfr. G. FERRARA, *Pari dignità sociale*, cit., 1097. In proposito non è superfluo ricordare che la formula relativa alla pari dignità sociale ha sostituito quella che era la prima versione affermatasi in sede di lavori preparatori «dell'eguale trattamento sociale», sostenuta non solo dalla parte comunista e socialista ma anche da alcuni autorevoli costituenti di parte democratica cristiana. Per i primi (comunisti e socialisti) basti ricordare le parole di Palmiro Togliatti che affermava come con tale locuzione (eguale trattamento sociale) «si vuole esprimere la tendenza della nostra Costituzione ad incanalare lo sviluppo della nostra società verso una maggiore eguaglianza. Ed è questo lo spirito che si vorrebbe alitasse nella nostra Costituzione». Per i secondi invece (democristiani) è significativo riportare quanto sottolineava nello stesso senso Aldo Moro, rilevando come «parlando del diritto ad un eguale trattamento sociale, s'intende mettere in luce il carattere dinamico che deve a-

glianza davanti alla legge, debbano essere considerati conseguenze pregiudizievoli quelle che, a prescindere da qualsiasi valutazione di matrice relazionale che, come si è osservato in precedenza, potrebbe anche legittimare un trattamento «egualmente» negativo, violino il principio assoluto ed inviolabile della dignità umana.

vere lo Stato democratico». Cfr. Interventi dell'On. Togliatti e dell'On. Moro, in sede di prima commissione dell'Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, I sottocommissione, 11 settembre 1946, 36-37. Si ricordi, inoltre che in Assemblea costituente, il presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini specificando come l'inciso in questione, relativo all'uguale trattamento sociale, era stato eliminato dal comitato di redazione in quanto espressione non definita che si poteva prestare ad equivoci, accoglieva con soddisfazione la nuova proposta del riferimento alla pari dignità sociale aggiungendo come «quando si toccano certe note come questa della dignità umana, bisogna inchinarsi». Cfr. Intervento dell'On. Ruini in Assemblea costituente, 24 marzo 1947, 2120.

# OMOSESSUALITÀ E PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE. UN CASO DI STUDIO: L'ESPERIENZA SUDAFRICANA

*di Veronica Valenti*

SOMMARIO: 1. I presupposti di fatto. – 2. Il principio di non discriminazione per orientamento sessuale. – 3. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di principio di non discriminazione per orientamento sessuale. – 4. La diversa interpretazione del *common law marriage*. – 5. La decisone adottata. Il dissenso del Giudice Farlam.

Il 30 novembre 2004, la *Supreme Court of Appe*al del Sudafrica si è pronunciata su un tema fortemente dibattuto sulla scena internazionale, da un punto di vista socio-giuridico nonché etico e religioso [1].

Nell'ambito delle competenze ad essa riservate dalla Carta costituzionale nonché dalla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi nel tempo, la Corte sudafricana ha rivisitato la nozione di *common law marriage* alla luce del principio di non discriminazione per orientamento sessuale, consacrato dalla sez. 9 della Costituzione del 1996 [2].

Nell'ordinamento sudafricano, dunque, il matrimonio sarà un'unione tra due persone («*Marriage is the union of two persons to the exclusion of all others*») senza che, su di esso, possa avere rilevanza l'orientamento etero-sessuale dei co-

[1] Supreme Court of Appeal, n. 232/2003, Mariè Adriaana Fourie and Cecilia Johanna Bonthuys v. Minister of Home Affairs and othrs. La sentenza è reperibile sul sito internet *www.concourt.gov.za*.

[2] La sez. 9 Cost. sudafricana stabilisce che: «*Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.*

*Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken.*

*The state may be not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, coscience, belief culture language and birth.*

*Discrimination on one or more of the grounns listed in subsection is unfair unless it is established that the discrimination is fair*».

niugi, considerato, tradizionalmente, il prerequisito essenziale per contrarre il vincolo matrimoniale.

L'importanza di tale decisione la si percepisce, ancor più, se si considera che essa non rappresenta una voce isolata nel panorama giurisprudenziale sudafricano; sembrerebbe piuttosto, che essa rappresenti l'evoluzione naturale di un percorso intrapreso nell'ultimo decennio dalla Corte sudafricana in tema di discriminazione per orientamento sessuale.

Partendo, così, dalle argomentazioni sviluppate nella motivazione della sentenza nonché nella opinione dissenziente del giudice Farlam, si possono cogliere ricchi spunti che permettono sia di avere una più ampia visione di insieme sia di risalire ai principi costituzionali nonché ai precedenti giurisprudenziali in tema di orientamento sessuale, dai quali emerge la determinazione del Sudafrica di affermarsi sulla scena internazionale come realtà democratica, fortemente rispettosa dei diritti umani.

## 1. *I presupposti di fatto*

La vicenda, da cui prende le mossa tale sentenza, ha inizio quando due donne, che convivono stabilmente dal 1994, manifestavano l'intenzione di contrarre matrimonio.

Consapevoli che il *same sex marriage* non avesse alcuna validità nell'ordinamento sudafricano, le due donne, nel 2002, adivano l'autorità giudiziaria competente, la *Pretoria High Court*, al fine di ottenere sia un provvedimento dichiarativo della validità del loro *intended marriage* ai sensi del *Marriage Act* n. 25/1961 sia un provvedimento che ordinasse l'immediata trascrizione del matrimonio così contratto ai sensi del *Marriage Act* e dell'*Identification Act* n. 68/1997.

Il ricorso, però, veniva rigettato, in quanto il matrimonio tra persone omosessuali, secondo il giudice di prima istanza, era da ritenersi invalido ai sensi del *common law* sudafricano e posto, altresì, in violazione del *Marriage Act* del 1961, che contempla, pur non definendolo, solo il matrimonio tra persone di sesso opposto.

Tale asserzione, sempre secondo il giudice di primo grado, sarebbe stata tanto più vera quanto più si considerava che la dichiarazione che i due coniugi sono tenuti reciprocamente a scambiarsi, menzionando espressamente le parole *wife* and *husband*[3], richiamerebbe l'eterosessualità dei due *nubendi*, come pre-requisito per contrarre un valido vincolo matrimoniale.

[3] La formula matrimoniale prevista dal *Marriage Act* è, infatti, la seguente: «*Do you A.B. daclare that as far as you know there is no lawful impediment to your proposed marriage with C.D. here present, and that you call all here present to witness that you take C.D. as your lawful wife (or husband)*».

Consapevoli della sussistenza di un «*common law impediment*», le due *partners* decidevano di appellare tale decisione direttamente innanzi alla Corte costituzionale, la quale, però, rigettava il ricorso, in quanto le stesse avevano agito in primo grado, non per far dichiarare costituzionalmente illegittima una norma della legislazione vigente (del *Marriage Act* o dell'*Identification Act*), ma solo per sentirsi dichiarare la validità del matrimonio tra loro contratto. Una tale domanda giudiziale, secondo la Corte, presupponeva che « *the common law and the rilevant statutory infrastructure is developed or amended to permit marriage between gay and lesbian couples*»; cosa che ancora non era avvenuta, vigendo ancora la tradizionale definizione di matrimonio.

Contestualmente, però, riconoscendo l'importanza di una pronuncia in tema di matrimonio tra persone omosessuali, la Corte costituzionale riteneva necessario che la questione passasse al vaglio della Corte d'Appello la quale è competente anche nelle *constitutional matters*, quando queste riguardino proprio l'adeguamento del *common law* («... (*pertanto*, *data la sua competenza e data l'esperienza in materia di common law*, *il suo parere su come il common* law *dovrebbe o non dovrebbe essere adeguato in un caso concernente la materia costituzionale è di notevole importanza*»)[4].

L'atteggiamento dei giudici costituzionali appariva, pertanto, doveroso sia da un punto di vista processuale sia da un punto di vista prettamente sostanziale, specie se si considera, come la stessa Corte fa, che una decisione sulla nozione di matrimonio alla luce della vigente Costituzione sudafricana avrebbe avuto notevole importanza per l'intera società e non solo per le due ricorrenti.

Il matrimonio, infatti, rappresenta per tutti gli ordinamenti giuridici il fondamento dell'intero diritto di famiglia, del diritto successorio nonché, con riferimento all'ordinamento sudafricano, il presupposto giuridico del *Marriage Act* da cui discendono prerogative e conseguenze giuridiche in ambito lavorativo, assicurativo e fiscale.

Tutto ciò, ha portato i giudici della Corte d'Appello sudafricana a rivedere, si diceva, i presupposti costituzionali nonché i precedenti giurisprudenziali in tema di principio di non discriminazione per orientamento sessuale e individuare, in essi, un solido fondamento giuridico per garantire alla coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio.

---

[4] Si tratta del caso *Amod* v. *Multilateral Motor Vehicle Accidents Fund*, 1998, (4) Sa 753(CC). «*when the constitutional matter involves the development of the common law … The Supreme Court of Appeal has jurisdiction to develop the common law in all matters includine constitutional matters.Because of the breadth of its jurisdiction and its expertise in the common law, its views a sto whether the common law should or should not to be developed in a constitutional matter are of particolar importance*». La sentenza è pubblicata sul sito internet *www.concourt.gov.za*.

## 2. *Il principio di non discriminazione per orientamento sessuale*

*The Rainbow Nation*. In questi termini si allude, almeno formalmente, alla società sudafricana contemporanea quale società democratica, pluralista e multietnica [5].

Come reazione alla politica di discriminazioni e di segregazione che ha tristemente contraddistinto la storia del Sudafrica, la Costituzione del 1996 fa del rispetto delle differenze tra gli individui e del rispetto della dignità umana, i principi cardini dell'intero sistema costituzionale.

La Costituzione sudafricana, infatti, è la prima Costituzione a includere in modo esplicito, tra i *prohibited grounds* di discriminazione, anche l'orientamento sessuale.

La scelta di elevare a rango costituzionale una più ampia tutela per tutte le ipotesi di *unfair discriminations* è stata determinata da diversi fattori.

In primo luogo, come accennato in precedenza, dalla volontà dello stato del Sudafrica di rilanciarsi sulla scena internazionale come realtà democratica e dalla volontà di segnare una netta cesura con la politica repressiva del passato, condotta sulla base di ineguaglianze previste proprio dalla legge.

A tal proposito, il giudice E. Cameron, nella motivazione della sentenza, afferma: «(…) poiché la maggior parte della popolazione sudafricana ha subito gli umilianti effetti legali della politica coloniale di repressione per motivi legati alla razza e al genere [e poiché l'apartheid si è affermata servendosi di strumenti legali], si è stabilito che d'ora in poi il ruolo della legge fosse diverso per tutti i sudafricani. Avendo gli stessi provato indignazione e dolore (…) e ingiustizia per l'esclusione e l'umiliazione inflitta dalla legge, la maggioranza ha affidato questo paese ai molteplici meccanismi di tutela previsti per tutti i sudafricani dalla Costituzione» e ancora: «Il progetto nazionale di liberazione vuole comprendere tutti i fattori di inique denigrazioni. Il principio di non discriminazione per orientamento sessuale è parte … di un più grande progetto di riconciliazione razziale e di genere e di giustizia sociale (...)» [6].

---

[5] Per una analisi più completa dell'ordinamento sudafricano, *Cfr*. L. SCAFFARDI, *La rivoluzionaria tutela dei diritti fondamentali nella nuova costituzione del Sudafrica*, in *Giur. cost*., 1, 1996; R. ORRÙ, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «rainbow nation»*, Torino, 1998.

[6] The Supreme Court of Appeal of South Africa, sent. già cit. (nota 1). A pagina 8 si legge: «*Because the majority of South Africans had experienced the humiliating legal effet of a repressive colonial conceptions of race and gender that they determinated the henceforth the role of the law would be different for all South Africans. Having themselves experienced the indignity and the pain of legally regulated subordination, and the injustice of exclusion and humiliation through law, the majority commited this country to particularly generous constitutional protections for all south africans*» (7); «*The national project of liberation would … encompass all bases of unjust denigration. Non – discrimination on the ground of sexual orientation was to be a part – perhaps a*

In secondo luogo, tale scelta è stata determinata dalla consapevolezza che le persone omosessuali costituiscono una minoranza presente nella società sudafricana, la cui identità è stata in passato fortemente lesa dall'adozione di politiche e pratiche discriminatorie.

Il riferimento va non solo al fatto che la sodomia, fino al 1999, era prevista dalla legislazione penale sudafricana come reato, ma anche al fatto che il legame affettivo tra due persone omosessuali non ha mai trovato alcun riconoscimento giuridico e sociale, nonostante che i *mores* di alcune società tradizionali africane prevedessero il matrimonio tra persone omosessuali.

Come il giudice Cameron ricorda, in *Satchwell* v. *President of the Republic of South Africa* si fa, per esempio, menzione al fatto che alcune comunità africane contemplino il matrimonio tra donne, nell'ipotesi in cui le stesse rivestano un ruolo di potere all'interno della comunità, nel caso le stesse siano molto ricche o nell'ipotesi di famiglie senza prole a causa della sterilità della stessa donna[7].

Infine, non bisogna tralasciare il fatto che il riconoscimento giuridico del diritto all'orientamento sessuale andava di pari passo con l'affermazione, in campo medico, di un nuovo modo di intendere il comportamento omosessuale.

Proprio nel 1993, anno in cui entrava in vigore la Costituzione transitoria (che già contemplava il principio di non discriminazione per orientamento sessuale), l'Organizzazione Mondiale della Sanità dichiarava ufficialmente che «*l'omosessualità è una variante naturale del comportamento umano*».

Si poneva, fine, così, alla tendenza diffusa di confinare l'omosessualità a forma di devianza psichica da curare o a condotta penalmente sanzionabile, in quanto socialmente pericolosa.

L'importanza della scelta dei Costituenti sudafricani di menzionare esplicitamente l'orientamento sessuale tra i fattori di discriminazione vietati, poi, rileva non solo da un punto di vista prettamente politico, ma anche, più tecnicamente, da un punto di vista processuale.

Se si considera che l'ultimo comma della sez. 9 prevede una presunzione di *unfairness* per le discriminazioni subite a causa dell'orientamento sessuale, in quanto motivo esplicitamente menzionato nel testo costituzionale, ne consegue che l'onere probatorio in ordine alla *unfairness* della discriminazione subita non graverà su colui che agisce in giudizio. Spetterà, semmai, al con-

---

*relatively small part, but an integral part – of the greater project of racial reconciliation and gender and social justice through law to which the Costitution committed us*».

[7] Caso n. 45/01, 2002 (6) SA 1 (CC). Si legge: «*In certain traditional societies woman – to woman marriages are not unknown, this being prevalent in families that are childless because the woman is barren or where the woman is in a powerful position in her community, like being a queen or a chieftainness or where she is very wealthy*». Tale sentenza è pubblicata sul sito internet già citato.

venuto addurre le prove atte a dimostrare che la discriminazione lamentata non è *unfair*.

Ciò significa anche che in caso di discriminazione fondata su un fattore non espressamente elencato, l'onere probatorio in ordine all'*unfairness* graverà unicamente in capo all'attore-ricorrente.

Nonostante questa differenza, entrambi i casi sono accumunati dal fatto che una discriminazione può dirsi *unfair*, nel momento in cui, comunque, va a ledere la dignità umana [8].

Ne consegue che nel sistema costituzionale sudafricano, la dignità umana, tutelata costituzionalmente ai sensi della sez. 10, secondo cui «*everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected*», si pone anche come valore essenzialmente correlato al principio di uguaglianza, specie nei casi di discriminazione per orientamento sessuale, difronte ai quali i giudici costituzionali non hanno esitato, per l'appunto, a stabilire che «*the rights of equality and dignity are also closely related*» [9].

## 3. *L'evoluzione giurisprudenziale in tema di principio di non discriminazione per orientamento sessuale*

Se dunque il principio di uguaglianza e la tutela apprestata alla dignità umana sono i principi sui quali si fonda il sistema costituzionale sudafricano, è necessario, però, dare uno sguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale per poter capire come concretamente essi rappresentano quei valori che, più di tutti, hanno permesso l'affermazione nell'ordinamento sudafricano del diritto di manifestare liberamente il proprio orientamento sessuale.

Il giudice Cameron, infatti, nel motivare la sentenza, ripercorre i pregressi

---

[8] Sul punto, cfr. *Harksen* v. *Lane*, 1988 (1) SA 300 (CC) in cui si afferma che: «*Firstly*, *does the differentation aount to "discrimination"? If it is so on a specified ground*, *then the descrimination will have been established. If it is not on a specified ground*, *then whether or not there is discrimination will depend upon whether*, *objectively*, *the ground is based on attributes and characteristics which have the potential to impair the fundamental human dignity of persons as human beings or to affect them adversely in a comparably serious manner*». E ancora: «*If the differentation amounts to "discrimination"*, *does it amount to "unfair discrimination"? If it has been found to have been on a specified ground*, *the unfairness will be presumed. If on an unspecified ground*, *then unfairnes will have to be established by the complainant*». Sentenza pubblicata sul sito internet *www.concourt.gov.za*.

[9] In particolare, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Justice and Others*, 1999 (1) SA 6 CC; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v. Minister of Home Affairs and others*, 2000 (2) SA 1 (CC). Entrambe pubblicate sul sito *internet www.concourt.gov.za*.

passaggi giurisprudenziali, trovando in essi i presupposti logico-giuridici per l'adozione di una più ampia nozione di matrimonio.

Nel 1999, la Corte costituzionale sudafricana dichiarava l'incostituzionalità del reato di sodomia.

La legislazione penale, che sanzionava il rapporto omosessuale intrattenuto da uomini adulti e consenzienti, tanto in luogo privato quanto in luogo pubblico, appariva in palese violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale, del principio del rispetto della dignità umana nonché del diritto alla vita privata, specie alla luce del fatto che le stesse condotte sanzionate, tenute da persone eterosessuali, erano ritenute lecite [10].

Con tale sentenza si delineava un primo atteggiamento di neutralità nei confronti dell'omosessualità.

In proposito, il giudice Sachs sottolineavano che: «(…) *ciò che è statisticamente normale* – [riferendosi all'eterosessualità] – *non può più essere considerato il paradigma per stabilire ciò che è normale da un punto di vista normativo. La nozione di normalità adottata dal Testo costituzionale risulta molto più ampia*, *in modo tale da ricomprendervi ogni differenza*» [11].

L'atteggiamento di accettazione di ogni differenza tra gli individui, nonché l'atteggiamento di neutralità nei confronti dell'orientamento sessuale di ciascun individuo veniva coerentemente ribadito dalla Corte costituzionale nel momento in cui la stessa ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di disposizioni di leggi che garantivano una serie di benefici solo alle coppie eterosessuali, in quanto unite in matrimonio, con esclusione dunque delle coppie omosessuali.

A titolo esemplificativo, in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Home Affairs and others* del 2000 [12], la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità della sez. 25 dell'*Aliens Control Act* n. 96/1991, nella parte in cui accordava il permesso di soggiorno solo agli stranieri che potessero vantare lo *status* coniuge, marito o moglie, di una persona

---

[10] Sul punto, cfr. E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale in alcuni ordinamenti stranieri:lo stato del dibattito*, in *Dir. pubbl. comp. e europeo*, n. 1, 2004: «Se le discriminazioni sono sistematicamente rivolte ad un gruppo, finiscono per minare la sicurezza e aumentare la vulnerabilità dei suoi membri. La perpetuazione del delitto di sodomia avrebbe causato una perenne insicurezza negli omosessuali, ppoiché temendo la prigione, sarebbero stati condizionati pesantemente nelle proprie relazioni affettive, che rappresentano un elemento centrale della vita, fondante la propria dignità e la propria identità».

[11] Sachs, in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice*, 1999, cit. «*At the very least*, *what is statistically normal is no longer the basis for establishing what is legally normative. The scope of what is costitutionally normal has expanded to include the widest range of perspectives and acknowledge*, *accomodate and accept the largest spread of difference …*».

[12] Sent. già cit. (nota 10).

stabilmente residente in Sudafrica. Dal godimento di tale beneficio restavano così escluse le coppie omosessuali, le quali si vedevano pregiudicate, rispetto alle coppie eterosessuali, in quanto il *foreigner same – sex partner* non avrebbe mai potuto ottenere il permesso di soggiorno e ricongiungersi definitivamente e ufficialmente al proprio *partner.*

Pur mantenendo la distinzione tra la nozione di *spouse* e *same sex partner*, la Corte costituzionale riconosceva la capacità delle coppie omosessuali di costituire comunque un nucleo familiare per quanto distinto da quello fondato sul matrimonio.

Significativi appaiono, a tal fine, alcuni passaggi della sentenza in cui il giudice Ackermann affermava: «*La legge riconosce il matrimonio come rapporto coniugale tra due persone di sesso opposto…ma nel contesto sociale esistono altre forme di rapporti affettivi che sono distinte dal matrimonio*, *come le relazioni coniugali tra persone omosessuali.. La legge non riconosce le same-sex life partnerships come matrimonio* (…) [*tuttavia*] *esse sono l'unica forma di rapporto coniugale che le persone omosessuali possono intrattenere*, *in armonia con il proprio orientamento sessuale*» [13].

Poi, Ackermann passava ad analizzare la nozione di *common law marriage* inteso come *consortium omnis vitae*, caratterizzato dall'affetto che i due coniugi si manifestano reciprocamente, dal quale far discendere determinati diritti e obblighi per i due coniugi quali, l'obbligo della convivenza, della fedeltà, nonché l'obbligo del mantenimento economico. Ne discendeva che anche le persone omosessuali sono in grado di creare un tale *consortium*, nel momento in cui, proprio come le persone eterosessuali, manifestano la volontà di intrattenere una relazione monogamica, permanente e duratura e di garantirsi reciprocamente sostegno spirituale e materiale.

Con argomentazioni non dissimili, la Corte costituzionale in *Satchwell* v. *President of Republic of South Africa and another* estendeva, alle coppie omosessuali, il godimento di determinati benefici economici, derivanti dal rapporto di lavoro di uno dei *partenrs*, fino ad allora riconosciuti solo alle coppie eterosessuali unite in matrimonio.

Con essa, la Corte costituzionale faceva un passo avanti e, riconoscendo che la famiglia rappresenta il momento naturale e fondamentale di ogni comunità sociale, prendeva atto della capacità delle coppie omosessuali di costi-

[13] Ackermann, sent. cit. nota 11, 30: «*The law currently only recognises marriages that are conjugal relationships between people of the opposite sex … there is another form of life partnership which is different from marriage ad recognised by law. This form of life partnership is represented by a conjugal relationship between two people of the same sex.The law currently does not recognse permanent same sex life partnerships as marriage. …. a conjungal same-sex relationship which is the only form of conjungal relationship open to gays and lesbians in harmony with their sexual orientation*».

tuire un vero e proprio vincolo familiare che trae la sua forza dalla volontà di due persone di prestarsi reciprocamente assistenza morale e materiale.

Che stava mutando radicalmente l'atteggiamento sociale verso le persone omosessuali, lo dimostra, poi, il fatto chela Corte costituzionale sudafricana si è spinta, successivamente, fino al punto di riconoscere alle coppie omosessuali, la facoltà di adottare congiuntamente e fino al punto di riconoscere la capacità delle coppie omosessuali di instaurare, come coppia, un legame genitoriale con un figlio concepito ricorrendo a tecinche di inseminazione artificiale.

Infatti, nel 2002, nel caso *Du Toit and anather v. Minister of Welfare and Population Development* [14] i giudici costituzionali dichiaravano l'incostituzionalità di alcune sezioni del *Child Care Act* n. 74/1983 nonché del *Guardianship Act* n. 192/1993, nella parte in cui riconoscevano la possibilità di adottare congiuntamente alle sole coppie eterosessuali unite in matrimonio [15]. In virtù di tale legislazione, dunque, una persona omosessuale avrebbe potuto adottare solo come singolo, con la conseguenza che tra il bambino adottato e il compagno convivente non si sarebbe creato alcun vicolo di parentale.

Tale disposizione risultava incostituzionale non solo alla luce delle sezioni 9 e 10 ma anche della sez. 28 della Costituzione che impone l'obbligo, in tutte i casi concernenti i minori, di considerare il miglior interesse del bambino; in tal caso, tale interesse risultava frustrato, in quanto il bambino sarebbe stato privato della possibilità di vivere una vita familiare stabile.

L'importanza di tale sentenza sta nel fatto che il *best interest of the child* è stato valutato per la prima volta, indipendentemente da ogni giudizio sull'orientamento sessuale dei ricorrenti.

Anche questa argomentazione, traeva la sua forza dal fatto, ormai assodato e confermato nei precedenti giurisprudenziali, che le coppie omosessuali, come le coppie eterosessuali, potessero creare uno stabile e sereno nucleo familiare.

Così, anche in *J. and B.* v. *Director General*, *Department of Home Affairs and other* [16]. In questo caso, la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità di alcune disposizioni del C*hildren Status Act* del 1987, il quale definisce lo *status* dei bambini concepiti attraverso tecniche di inseminazione artificiale eterologa. Anche tale legislazione è stata dichiarata incostituzionale, nella parte in cui prevedeva che, solo per le coppie eterosessuali unite in matrimonio, i

---

[14] Cfr. Costitutional Court, caso n. 40/2001, 2003 (2) SA 198 (CC), pubblicata sul sito *internet* già citato.

[15] La sez. 17 del *Child Care Act* n. 74/1983 disponeva che potessero adottare: «*a husband and his wife jointly; a windower or unmerried or divorced person; a married person whose spouse is parent of the child; the natural father of a child born out of wedlock*».

[16] Costitutional Court, caso n. 46/2002, 2003 (5) SA 621 (CC), pubblicata sul sito *internet* già citato.

figli concepiti con tecniche di inseminazione eterologa erano considerati figli legittimi degli stessi, mentre, per le coppie omosessuali, il bambino così concepito sarebbe stato considerato figlio legittimo della sola «*birth-mother*».

## 4. *La diversa interpretazione del* common law marriage

L'atteggiamento di apertura manifestato di volta in volta dai Giudici costituzionali ha permesso, infine, di mettere in discussione, da un punto di vista sociale prima ancora che giuridico, la nozione di matrimonio e creare, così, definitivamente, il terreno fertile per l'affermazione della concreta uguaglianza giuridica tra coppie omosessuali e eterosessuali, in armonia con il dettato costituzionale.

Il 30 novembre scorso, infatti, la *Supreme Court of Appeal*, ricorrendo ai meccanismi di tutela costituzionale dei diritti fondamentali, quali il dovere di ciascun giudice di adeguare il *common law* alla luce dei diritti contenuti nel *Bill of Rights*, e al dovere di promuovere, in tale opera di adeguamento, proprio lo spirito e i valori costituzionalizzati in esso (sezz. 8, 39, Cost.) [17] ha riconosciuto piena dignità giuridica al matrimonio tra due persone omosessuali.

In un contesto sociale e giuridico in cui solo le coppie unite in matrimonio sono meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico e, dunque, in un contesto in cui la sola famiglia legittima continua ad essere il prisma attraverso cui le relazioni affettive vengono valutate nella loro dignità, la scelta di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali appare la più rispettosa del diritto di uguaglianza e della dignità umana, tenuto conto del fatto che per le coppie eterosessuali il non contrarre matrimonio è una scelta; per le coppie omosessuali è l'unica soluzione possibile.

Di tale fatto appariva sicuro il giudice Cameron, il quale sottolineava che la facoltà di scegliere di contrarre matrimonio accresce la libertà, l'autonomia e la dignità della coppia; offre la possibilità di creare una comunione di vita, riconosciuta socialmente e giuridicamente, dalla quale far discendere obblighi e diritti.

Lo stesso Cameron arriva a riconoscere che l'esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di contrarre matrimonio è dettato unicamente da un giudizio etico negativo sulla loro persona che induce a «(...) *supporre che tale*

[17] Sez. 8 (3) Cost.: «*When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juridic person in terms of subsection(2), a court: – (a) in order to give effect to a rights in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right*». Sez. 39 (2)Cost.: «*When developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights*».

*legame sia qualitativamente inferiore rispetto al legame affettivo che unisce due persone eterosessuali*», e altresì, a supporre «(…) *che le stesse persone omosessuali non potranno mai beneficiare di tutti quei* moral equals *che la Costituzione promette di creare per tutti*» [18].

Così, i giudici della Suprema Corte d'Appello passano ad analizzare le argomentazioni che Dottrina e Giurisprudenza comunemente spendono a sostegno dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio.

Ci si riferisce *in primis* alla convinzione secondo cui le persone omosessuali non sarebbero discriminate nell'esercizio della libertà di contrarre matrimonio, in quanto sarebbero libere di contrarre matrimonio con persone di sesso opposto.

Per i giudici della Suprema Corte d'Appello tale argomentazione appare illogica, in quanto il diritto di manifestare il proprio orientamento sessuale consiste nel diritto di intrattenere rapporti con persone verso le quali ci si sente naturalmente attratti e, di conseguenza, diritto affinché tale rapporto trovi riconoscimento giuridico e sociale. Sostenere che le persone omosessuali non sono discriminate in ciò, in quanto libere di contrarre matrimonio con persone di sesso opposto, implica la frustrazione della libertà di scegliere la persona con cui condividere la propria vita e, dunque, implica la negazione del diritto stesso a manifestare il proprio orientamento sessuale.

In secondo luogo, ci si riferisce al fatto che, essendo private di quella naturale genitorialità, le coppie omosessuali non sarebbero in grado di formare una famiglia fondata sul matrimonio.

Una tale argomentazione si basa sul fatto che la famiglia è sempre stata storicamente e tradizionalmente concepita come realtà biologica e di conseguenza, l'eterosessualità è sempre stato concepita come presupposto fondamentale per la creazione di una famiglia legittima, in quanto fondata sul matrimonio.

Una tale impostazione, come sottolineato anche dal giudice Farlam nella sua opinione dissenziente, risente notevolmente dell'influenza religiosa, specie quella cattolica, che ha sempre condizionato l'atto sessuale al fine procreativo.

Ed infatti, anche nella versione rinnovata del *codex iuris canonici*, si legge che:

«*Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituutunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum a christo domino ad sacramenti dignitatem inter baptizotos evectum est*».

---

[18] Cameron, sent. cit. (nota 1), 14: «*More deeply, the exclusionary definition of marriage injures gays and lesbians because it implies a judment on them. It suggests not only that their relationships and commitments and loving bonds are inferior, but that themselves can never be fully part of the community of moral equals that Constitution promises to create for all*».

Ma la nozione canonista di matrimonio non coincide integralmente con quella accolta dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici, incluso quello sudafricano, specie se si considera che, da un punto di vista civilistico, il fine della procreazione non invalida il matrimonio contratto con l'intesa di non aver figli.

Da ciò i giudici costituzionali desumono che la naturale capacità di procreare non sia un requisito giuridico per contrarre matrimonio. Il paragone immediato è, infatti, tra le coppie omosessuali e i coniugi eterosessuali che non possono – o non intendono – avere figli, ma che, comunque, costituiscono giuridicamente una famiglia legittima.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, si ricorda che la Corte costituzionale aveva già esteso alle coppie omosessuali la possibilità di adottare congiuntamente. Ne consegue che non solo si è ritenuto la coppia omosessuale in grado di creare un nucleo familiare, ma addirittura si è affermato che la caratteristica del «buon genitore» prescinde dall'orientamento sessuale dello stesso.

Alla luce anche di queste motivazioni, i giudici sudafricani, lo scorso 30 novembre, hanno ribadito la capacità delle coppie omosessuali di creare quel *consortium omnis vitae*, proprio come le coppie eterosessuali e che, tale capacità, rappresenta l'essenza del vincolo matrimoniale [19].

Nel valutare, poi, l'impatto che il *same-sex marriage* avrebbe avuto nel contesto sociale, i giudici sudafricani hanno tenuto conto della duplice anima, giuridica e religiosa, del matrimonio.

In particolare, hanno considerato che il *same sex marriage* avrebbe potuto urtare i principi di molti gruppi religiosi, e che, dunque, la coesistenza nello stesso spazio giuridico, del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio e della libertà religiosa avrebbe ingenerato qualche problema, specie se si considera che per molte religioni, inclusa quella cattolica, il rapporto omosessuale è atto *contra naturam.*

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, i giudici sudafricani hanno chiaramente affermato che l'estensione della nozione del *common law marriage* non potrebbe mai comportare l'obbligo per i ministri di culti religiosi di celebrare il matrimonio tra persone omosessuali, se questo è contrario ai propri principi [20]; tale matrimonio sarà celebrato unicamente dai funzionari dello stato e dai ministri di culti che riconoscono la *coniugo* omosessuale.

---

[19] Cfr. sul punto, P. DE VOS, *Same-sex sexual desire and the re-imagining of the south african family*, in SJHR, II, 2004, 179 e ss.

[20] Lo stesso giudice Cameron sottolinea che tale tutela è fatta salva dallo stesso Marriage Act il quale, infatti, prevede che «*Nothing in this Act contained shall be construited so as to compel a marriage officer who is a minister of religion or a person holding a responsible position in a religius denomination or organization to solemnize a marriage which would not confirm to the rites, formulaires tenets, doctrines or discipline of his religius denomination or organization*». Sent. già cit., nota 1, 27.

Un pensiero decisamente laico, dunque, accompagna tale decisione; infatti, se da un lato la Corte sudafricana è stata attenta a salvaguardare gli interessi dei gruppi religiosi che non ammettono il matrimonio tra persone omosessuali, dall'altro lascia sottointendere che i principi religiosi condivisi da una parte della comunità, non possono in alcun modo condizionare la fruibilità e il pieno godimento dei diritti che la Costituzione garantisce a tutti [21].

## 5. *La decisone adottata. Il dissenso del Giudice Farlam*

Se i Giudici della Corte d'Appello hanno convenuto all'unisono sulla necessità o meglio ancora, sul dovere di adeguare la nozione di matrimonio ai principi enunciati nel Testo costituzionale, gli stessi, però, si sono mostrati divisi sull'efficacia temporale di tale sentenza e sul *remedy* accordato alle due appellanti.

Infatti, sancita l'incostituzionalità della nozione di *common law marriage*, la Corte sudafricana ne ha dichiarato l'immediata efficacia, ed ha altresì riconosciuto che l'*intended marriage* delle due appellanti potesse essere riconosciuto come matrimonio giuridicamente valido, alla luce del *Marriage Act* del 1961 [22].

Se da una parte, dunque, tale decisione va ad accrescere il carattere democratico della società sudafricana, in quanto crea i presupposti per la concreta operatività del principio di uguaglianza sostanziale tra le coppie omosessuali e eterosessuali, manifestando, in ciò, tutta la sua «forza», dall'altra, però, la stessa può apparire discutibile specie alla luce del principio di separazione dei poteri e alla luce della corretta dialettica tra il potere giudiziario e il poter legislativo.

Al riguardo, il Giudice Farlam afferma che «la Corte dovrebbe essere cauta nell'adottare delle soluzioni che dovrebbero essere decise prima di tutto dal Legislatore» [23].

Tale «monito» non è casuale.

---

[21] Cfr. caso *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, 1999, già citata.

Cfr. KERRY WILLIAMS, *«I do» or «we won't»: legalising same-sex marriage in SouthAfrica*, I, SJHR, 2004, 48: «*in the public domain, the values of the Constitution take preference over particular denominational views and the views of a particular religious group cannot be determinative in an issue which affects the public domain as a whole*».

[22] Si legge nel dispositivo che: «*the intended marriage between the appellants is capable of lawful recognition as a legally valid marriage, provided the formalities in the Marriage Act 25 of 1961 are complied with*».

[23] Farlam, sent. cit. nota 1, 104: «*This Court should be slow to make choises that are primarily to be made by the legislature*».

Infatti, il giudice Farlam ricorda che la *Law Reform Commission* del Sud-Africa sta esaminando da tempo diverse proposte di legge, al fine di rivisitare il diritto di famiglia alla luce delle disposizioni del *Bill of Rights* e dunque, dei valori costituzionalizzati, quali il principio di uguaglianza e il rispetto della dignità umana.

Condividendo appieno l'incostituzionalità del mancato riconoscimento delle coppie omosessuali, la Commissione è alquanto possibilista su come attuare tale riconoscimento e al riguardo, delinea tre soluzioni:

1. estendere la nozione di *common law marriege* in modo tale da ricomprendervi le coppie omosessuali e, a tal fine, inserire una definizione di matrimonio nel *Marriage Act*;
2. emendare il *Marriage Act* al fine di distinguere la dimensione religiosa del matrimonio da quella giuridica-civilistica e, pertanto, estendere agli omosessuali la disciplina del matrimonio civile;
3. riconoscere giuridicamente le coppie omosessuali, attraverso la creazione di un istituto *ad hoc* (l'unione civile) dal quale far discendere gli stessi effetti previsti dal matrimonio, senza intaccare l'essenza di quest'ultimo, che rimarrebbe, dunque, riservato solo alle coppie eterosessuali.

A fronte di un dibattito parlamentare ancora aperto su una questione delicata da un punto di vista sociale, etico, religioso nonché giuridico la cui soluzione, qualunque essa sia, porterebbe ad individuare nuovi equilibri sociali e «nuove famiglie» [24], secondo Farlam, sarebbe stato maggiormente opportuno che la Corte, dichiarata l'incostituzionalità del *common law marriage*, avesse scelto di sospendere l'efficacia di tale sentenza per un dato periodo al fine di permettere al Parlamento di colmare la lacuna e di adottare i più idonei provvedimenti. D'altra parte, una tale possibilità è riconosciuta alle Corti direttamente della Costituzione [25].

In chiave, poi, prettamente comparativa, tale scelta non è nemmeno estranea a quegli ordinamenti che si sono trovati, proprio come l'ordinamento sudafricano, a confrontarsi con nuove esigenze sociali.

Mi riferisco all'ordinamento canadese, la cui giurisprudenza assurge spesso a paradigma per i giudici sudafricani, tenuto conto che la sez. 39 della Costituzione stabilisce la possibilità per la Corte di interpretare le disposizioni con-

---

[24] Sul punto, Cfr. A. D'ALOIA, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito dell'unione omosessuale*, in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 1996, 69 e ss.

[25] Sez. 172, Cost: «*The court has the powers to make any order that is just equitable, including: an order limiting the retrospective effect of the declaration of invalidity and an order suspending the declaration of invalidity for any period and on any condition, to allow the competent authority to correct the defect*».

tenute nel *Bill of Rights*, valutando il diritto internazionale e il diritto positivo nonché l'evoluzione giurisprudenziale straniera [26].

A titolo esemplificativo, infatti, si ricorda, che nel caso *Halpern* v. *Canada (Attorney general)* del 2002, nel giudizio innanzi alla *British Columbia Court* del caso *Egale Canada Inc.* v. *Canada* (*Attorney General)* del 2002, nonché nel caso *Hendricks* v. *Quebec Procureur General* dello stesso anno, l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità della legislazione che escludeva le coppie omosessuali dal contrarre matrimonio nonché della nozione di *common law marriage* è stata sospesa per due anni, al fine di garantire al Parlamento il tempo necessario per adottare i provvedimenti opportuni [27].

Una tale soluzione, probabilmente, avrebbe dato la possibilità al Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà dei cittadini, di armonizzare razionalmente e organicamente la disciplina legislativa del matrimonio e di ogni disposizione di legge che facesse riferimento allo *status* di coniuge.

Nonostante ciò, però, la Corte ha deciso di riconoscere efficacia immediata a tale sentenza, giustificando tale scelta sulla base del dovere che la Costituzione impone ai giudici di adeguare il *common law* alla luce dei principi contenuti nel *Bill of Rights* e trincerandosi dietro la possibilità del Parlamento di emendare, comunque, il *remedy* accordato.

Tra una soluzione più cauta e una soluzione immediatamente garantista del principio di uguaglianza sostanziale, la Corte Suprema d'Appello ha, dunque, optato per quest'ultima, manifestando, ancora una volta, la volontà di apprestare una concreta tutela a quel bisogno primario di sentirsi ed essere *uguali nelle diversità*, così come fortemente connaturato ad una società che vuole essere democratica e pluralista.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, appare pienamente condivisibile il pensiero di chi ha sostenuto che «nei processi di transizione da un regime autocratico ad uno democratico … il suo riallineamento ai principi democratici è una fase necessaria, ma da sola non sufficiente a diffondere i valori di libertà, uguaglianza e dignità umana; semmai la trasformazione radicale in direzione democratica di un sistema richiede lo sforzo congiunto di tutti – istituzioni pubbliche e società civile – a modificare i propri atteggiamenti quotidiani» [28].

Da questo punto di vista, forse, il principio di separazione tra i poteri dello Stato va letto anche in chiave di leale collaborazione per la costruzione di quel grande progetto democratico che vuole concretamente far «vivere» il principio di non discriminazione nella realtà sudafricana contemporanea.

---

[26] Per una più ampia ricostruzione della giurisprudenza canadese, cfr. E. CECCHERINI (ed.) *Sexual Orientation in Canadian law*, 2004, Milano.

[27] E. CECCHERINI, *op. cit.*

[28] Cfr. M. MONTALDI, *L'efficacia orizzontale del Bill of Rights sudafricano alla luce di alcuni riflessioni comparative*, in *Dir. pubbl. comp e eur.*, IV, 2004, 1714 e ss.

In tale ottica, dunque, appare decisivo l'atteggiamento dei Giudici costituzionali sudafricani, i quali, «coregisti» nella realizzazione di tale progetto democratico, sembrano accompagnati dalla determinazione di realizzare quelle condizioni sociali e giuridiche in base alle quali, per dirla alla J.M. COETZEE, una volta presa quella lanterna, sia impossibile metterla giù [29].

[29] Cfr. J.M. COETZEE, interprete, da un punto di vista letterario, delle contraddizioni nonché delle trasformazioni in atto nella società sudafricana. In *Aspettando i barbari*, Torino, 2000, (trad. di MARIA BAIOCCHI), si legge: «Ma è sapere quanto sia contingente il mio disagio, quanto dipenda da un bambino che un giorno piange sotto la mia finestra e il giorno dopo non piange più, è questo che mi riempie di vergogna … So troppo. E da questo sapere, una volta che ne sei contagiato, non c'è scampo. Non avrei mai dovuto prendere quella lanterna per andare a vedere cosa succedeva nella baracca del granaio. D'altra parte era impossibile, una volta presa quella lanterna, metterla giù».

# *Intervento*

*di Francesco Cerrone*

Vorrei limitare quest'intervento a due o tre osservazioni fra le molte che la relazione di Giuditta Brunelli potrebbe suggerire.

La prima. Tornerei alla dicotomia fondamentale della cittadinanza che distingue tra cittadinanza come *partecipazione* e cittadinanza come *appartenenza*. La distinzione ha un senso, tuttavia è anche possibile sottolineare un elemento di continuità, un fattore che accomuna le due accezioni: entrambe rinviano, secondo me, a strategie o dispositivi di disciplinamento sociale, che sintetizzano percorsi di formazione e consolidamento dei legami sociali, di messa a fuoco delle relazioni fra potere ed obbedienza, di costituzione conseguente di un mondo complesso di *discipline*, un mondo che non può essere colto da una figurazione statica ma che si struttura, all'opposto, come storicamente variabile, soggetto alle influenze delle visioni del mondo che cambiano ed alle trasformazioni delle società (per tutto questo rinvio a F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 209 ss., spec. 215 ss.; ID., *La cittadinanza europea fra costituzione ed immaginario sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 475 ss.; ID., *Crisi delle soggettività sociali e discorso della cittadinanza*, in *Diritto romano attuale*, n. 8, 2002, 9 ss.). Quando noi pensiamo alle due accezioni della cittadinanza, intesa come appartenenza e come partecipazione, teniamo in ombra un complesso di *narrazioni* convergenti sul tema della formazione di un'identità civica, narrazioni che richiederebbero, invece, una più esplicita visibilità e, probabilmente, un percorso *genealogico* che sia capace di far affiorare il complesso intreccio di itinerari di cui si compone il discorso sulla cittadinanza (cfr. F. CERRONE, *Genealogia della cittadinanza*, Roma, 2004).

La seconda osservazione si lega alle considerazioni che precedono e intende svilupparle sul terreno della partecipazione politica. È ormai notazione corriva quella che segnala la crisi della rappresentanza politica, le difficoltà crescenti dei partiti, lo sfarinamento delle soggettività sociali nel tempo della globalizzazione. Ebbene, in un contesto simile ha veramente senso leggere la rilevazione sociologica secondo cui le donne partecipano meno degli uomini

alla vita politica solo come un fatto discriminatorio? Ci si può chiedere se invece quel dato non possa essere letto secondo un'altra cifra, e cioè come espressione del fatto che le donne seguono itinerari diversi da quelli descritti dalla rappresentanza politica, non riconoscendo nelle sedi tradizionali della politica ufficiale il luogo decisivo ed esclusivo della politica stessa.

È noto, in effetti, che il pensiero femminile ha distinto una c.d. politica *seconda*, che è appunto quella dei luoghi ufficiali, da una politica *prima*, che si svolge in contesti molteplici, il lavoro, la famiglia o anche il partito, attraverso la tessitura di un complesso di *relazioni*. Quest'ultima politica sarebbe capace, grazie alla concretezza della sua dimensione relazionale, di rimanere aderente alle intenzioni ed alle possibilità delle singole che si ingaggiano intorno ad un progetto o ad un desiderio, ma al tempo stesso potrebbe continuare ad influire sulle vicende generali che interessano, seguendo una terminologia cara al frasario della politica seconda, «la collettività» (cfr. M.L. BOCCIA, *La differenza politica*, Milano, 2002). Di recente, per esempio, si è riflettuto su come il fenomeno delle migrazioni – un insieme di accadimenti sociali che, non foss'altro che per le sue dimensioni, è letto dalla politica seconda solo nei termini di un processo *eccedente*, che per definizione oltrepassa la comprensione e le possibilità di intervento delle persone – sia fatto di migliaia di relazioni concrete, molte delle quali avvengono nelle case, affidate spesso alla parte che in quella relazione le donne sono capaci di prendersi (nel ruolo di padrone di casa o in quello di *colf* o badanti). Una parte che è una misura di politica prima, perché è dall'andamento di quella miriade di relazioni che poi affiora una cifra complessiva della vicenda migratoria (cfr. M. TERRAGNI, *Colf e padrone di casa: lì c'è molta politica*, in *Via Dogana*, n. 70, 2004, 22 s.).

Sarebbe molto interessante, in chiave storico-politica, ricostruire i percorsi ed i motivi, molti dei quali probabilmente legati alle caratteristiche del nostro sistema politico e partitico, che hanno suggerito al femminismo italiano «della differenza» – che costituisce com'è noto l'unico svolgimento originale di pensiero femminile italiano – una linea che fu detta di *estraneità* rispetto alla politica ufficiale e che è stata e rimane fonte di controversia anche all'interno dei diversi orientamenti di pensiero e pratica politica femminili. Portare dunque l'attenzione verso la concreta dimensione del luogo di lavoro, ove si svolgono attività considerate talora marginali o comunque in contatto con un mondo marginale (come appunto il mondo caratterizzato dal *badare*, dal prendersi cura: penso ad un bel contributo di A. BUTTARELLI, *Quando il linguaggio fa male. Cambiamenti forzati e forza femminile nella funzione pubblica*, in *Via Dogana*, n. 55, 2001, 3 s.) e cogliere come ciò che in quei luoghi accade tenda a trasformarsi in discorso politico può contribuire all'emersione di narrazioni sulla cittadinanza che sarebbero altrimenti destinate a non essere mai dette, a restare occultate da rituali ed inefficaci discorsi della politica seconda.

Terza ed ultima osservazione. Ho molto apprezzato quanto è stato detto a proposito delle differenze che emergono nei regimi di tutela dei diritti che possono essere letti attraverso le dinamiche dei rapporti fra corti europee e nazionali. Comprendo come siano legittime preoccupazioni a tal proposito, come quelle che riguardano l'affermarsi di *standards* differenziati di tutela, fra corte europea dei diritti, corte di giustizia, corti costituzionali e giudici nazionali, ma non dovrebbero essere trascurate anche le possibili sinergie fra distinte giurisdizioni, che pure in molti casi sono già emerse. Non posso, per ragioni di tempo, soffermarmi su questo punto (ma è utilissimo il rinvio allo splendido saggio di S. PANUNZIO, *I diritti ed i rapporti fra le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti ed i rapporti fra le Corti in Europa*, Napoli, 2005) se non per dire, da un lato, che il processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, se visto sotto la peculiare angolazione della tutela dei diritti, presenta certo alcuni lati in ombra e che possono destare preoccupazione, ma anche luci che nascono proprio dai fenomeni di dialogo proficuo fra corti e fra differenti culture giuridiche; e, dall'altro, che tutto ciò rinvia, secondo me, all'esigenza di approfondire, già nella riflessione del giurista sul metodo del proprio lavoro, una dimensione squisitamente *culturale* del diritto costituzionale (si pensi soprattutto, per il diritto costituzionale, alla riflessione di Peter Häberle) una dimensione che non serve a collocare il diritto costituzionale in uno spazio astratto, disincarnato, fatto solo di idee e valori e non di concreti rapporti di forza, ma, all'opposto, a costituire un campo articolato e non dogmatico della riflessione giuridica, aperto tanto alla molteplicità dei contributi – le culture più che la cultura – che alla polisemia dei linguaggi presenti nelle società, secondo un metodo schiettamente interdisciplinare.

# *Il ruolo della cultura e dei soggetti sociali nella riflessione dei giuristi in tema di «non discriminazione» e cittadinanza*

*di Gaetano Azzariti*

1. Molti gli argomenti affrontati dalle relazioni che meritano di essere discussi ed approfonditi. Prima però di svolgere alcune rapide considerazioni su punti specifici, vorrei non far cadere un'osservazione di carattere generale di Antonio Ruggeri, il quale introducendo la nostra discussione ha mosso un rilievo critico al metodo seguito negli studi di diritto costituzionale e al taglio che di recente sembra prevalere. Viziati da un eccesso di astrattismo, chiusi entro un angusto specialismo, esageratamente suggestionati dal *dictum* delle Corti. Peccati capitali che rendono le più sofisticate analisi non all'altezza dei problemi che si vogliono affrontare.

È come se, d'improvviso, si denunciasse l'insufficienza dello studio svolto solo sulla giurisprudenza (della Corte costituzionale, essenzialmente) e cominciassimo a renderci conto che è necessario discutere anche del diritto costituzionale (non giurisprudenziale). Ed è significativo che questa percezione sia stata avvertita da un gruppo di giuristi, qual è il Gruppo di Pisa, certamente non portato a sottovalutare l'importanza delle Corti nel sistema costituzionale. Ciononostante appare ormai ineludibile coniugare anche l'analisi della giurisprudenza costituzionale con le questioni teoriche e le problematiche culturali e politiche più di fondo. Non è un caso che i temi da ultimo prescelti dal gruppo di Pisa, oltre a quello odierno sulla «non discriminazione», abbiano ad oggetto l'ambito della politica (al precedente Convegno di Otranto), nonché la questione, politicamente oltre che dogmaticamente fondamentale per il diritto costituzionale, del «nucleo duro» delle Costituzioni (al prossimo Convegno di Capri).

Si torna quindi a riflettere su argomenti decisivi e sostanziali del diritto costituzionale in collegamento con le profonde trasformazioni in atto.

2. Anche per quanto riguarda il piano specifico del diritto alla «non discriminazione», non ci si può limitare a studiare la giurisprudenza, né confidare

soltanto sulle garanzie fornite dalle Corti, nazionali e/o europee. Non basta, in realtà, neppure la *scrittura* nelle Carte costituzionali nazionali o nelle Dichiarazioni internazionali dei diritti, che attualmente vedono un significativo risveglio con un proliferare dei diritti in generale e del principio di non discriminazione in particolare.

È mia opinione che non si può confidare – oggi meno che mai – solo su Corti e Carte, ma occorre prendere in considerazione, assieme a queste, le condizioni materiali e culturali entro cui esse operano, nonché le forze ed i soggetti politici e sociali reali. Diventa necessario valutare – per dirla con Mortati – le forze politiche dominanti in grado di fornire le gambe alla Costituzione, alle Dichiarazioni, alle giurisprudenze, se si vuole riuscire a cogliere concretamente il modo di operare degli ordinamenti giuridici e l'effettiva realizzazione dei principi giuridici in essi.

Non mi sembra però che i nostri studi prestino la dovuta attenzione ai decisivi profili ora richiamati.

C'è da chiedersi allora perché non si riflette adeguatamente sulle *forze politiche e sociali dominanti*; perché non si coniuga conseguentemente la riflessione sullo *stato della cultura* con il ruolo in concreto da esso esercitato e le condizioni materiali in cui agisce, condizionando gli ordinamenti giuridici concreti.

Una ragione può essere individuata in quell'eccesso di astrattismo che, introducendo questo seminario, veniva denunciato da Antonio Ruggeri: sulle ali di principi incorporei, si arriva a sostenere un costituzionalismo solo «immaginato», ma che si pone concretamente al di là dei soggetti e delle condizioni realmente esistenti.

Alcuni sembrano ritenere che non spetta ai giuristi una riflessione sulle condizioni reali, ma che ad essi spetta ragionare solo delle norme e dei principi, mentre ad altri – ai soggetti politici, in particolare – compete realizzare le politiche e le condizioni affinché i principi e le norme trovino realizzazione. Un atteggiamento che induce a riscoprire un formalismo che appariva ormai superato, ma che invece sembra tornare inaspettatamente (e ritengo ingiustificatamente) in auge.

3. Il tema della cittadinanza (*recte*: della «non discriminazione» in base al requisito o meno della cittadinanza), che è stato qui a lungo dibattuto, mi pare possa dimostrare con particolare evidenza l'insufficienza di ricostruzioni fondate solo su riflessioni di principio astratte.

In base ai principi «astratti» potremmo limitarci a prendere in considerazione l'insegnamento classico sulla cittadinanza. Un insegnamento che, nei duecento anni che ci sono alle spalle, ha permesso in Europa di estendere i diritti (di cittadinanza, appunto) a soggetti che ne erano privi, ed ha concorso ad

impedire discriminazioni, nonché ad affermare eguaglianze formali e poi anche sostanziali tra i singoli e nelle formazioni sociali. Entro questa prospettiva, l'ambito della nostra riflessione sarebbe ampiamente predeterminato, segnato dai confini dalla doppia coppia concettuale che fornisce alla cittadinanza «classica» il suo ordito. La prima coppia, necessaria per definire la categoria e qualificare la nozione, delimita lo spazio chiuso della cittadinanza entro i due estremi dello *jus sanguinis* e dello *jus soli*; la seconda coppia, utile a declinare il tema dei diritti (di cittadinanza), che si ordina, infatti, in base ai due requisiti che storicamente hanno sostanziato la nozione di cittadinanza: l'*appartenenza* (ad una *polis*) e la *partecipazione* (alla comunità dei *cives*). Si badi però che entro tale ricostruzione «di principio», i primi due termini (*jus sanguinis* e/o *jus soli*) condizionano e prevalgono sui secondi due (diritti di appartenenza e diritti di partecipazione). Pre-condizioni i primi, per l'esercizio dei secondi. Pertanto è solo in base all'esistenza dei primi che si trova la giustificazione essenziale alla «non discriminazione» nell'esercizio dei secondi.

Secondo principi «astratti» può ancora ragionarsi entro quest'ambito concettuale classico. Mi sembra anzi che siano molte le ricostruzioni che, esplicitamente o meno, continuano a svilupparsi entro questa prospettiva. In fondo, le normative che in concreto si sono succedute nei nostri pur diversi ordinamenti (nazionale e comunitario), rinvengono tuttora i loro presupposti teorici e le diverse giustificazioni sociali entro la combinazione tra i quattro elementi richiamati.

Mi chiedo però se, con maggiore realismo critico, non sia necessario riflettere oggi, nell'epoca delle grandi migrazioni e della deterritorializzazione, sull'insufficienza di una dicotomia fondante la nozione di cittadinanza, e condizionante i diritti relativi, legata al sangue ed al suolo. Non risponderebbe maggiormente al fine di garantire il collegamento tra i diritti (di appartenenza e di partecipazione) e la «non discriminazione» tra soggetti che operano tutti entro uno stesso ordinamento giuridico una cittadinanza fondata sullo *jus loci*?

Si produrrebbe così un ribaltamento delle gerarchie prima considerate, ma forse un ribaltamento idoneo a far tornare a dialogare *lex* e *iura*, in tempi ove né il sangue, né il suolo, appaiono in grado di ancorare a solidi presupposti di fatto i diritti di cittadinanza sociale e politica.

Un'ulteriore ragione indurrebbe a spostare l'asse delle nostre riflessioni in tema di cittadinanza e diritti relativi dalle categorie tradizionali dello *jus sanguinis* e dello *jus soli* verso altre categorie, in particolare quella proposta dalla prevalenza di uno *jus loci*. Quello additato potrebbe rilevarsi un necessario spostamento di prospettiva, se si vuole conservare uno dei tratti tipici del nostro ordinamento costituzionale: il carattere inclusivo del sistema democratico e pluralista. In tal modo – tra l'altro – si riuscirebbe a fornire una specifica, rinnovata e ulteriore concretezza al principio di «non discriminazione». Detto in breve: se le democrazie pluraliste devono perseguire l'obiettivo dell'*inclu-*

*sione*, la nuova frontiera della non discriminazione e dell'estensione dei diritti di partecipazione non può che riguardare anche (ovvero soprattutto) chi non appartiene (ancora) o non vuole appartenere affatto (a salvaguardia della propria identità e diversa appartenenza) alla comunità politica e sociale territorialmente delimitata. Questa condizione soggettiva non dovrebbe comportare una parallela estraneità dal mondo dei diritti, tanto meno se si vuole perseguire una strategia di integrazione attraverso i diritti, condizione necessaria per rendere «cittadino» chi «cittadino» non è (e magari non vuole esserlo). Poi, in base alle virtualità proprie della «non discriminazione» potrà argomentarsi sui limiti che riguardano i diritti, sul loro abuso, sulle misure repressive nel caso di una loro violazione. Limiti ai diritti da far valere nei confronti di tutti coloro che in condizioni eguali operano entro un luogo determinato (è chiaro che qui si apre la drammatica questione della creazione delle «condizioni eguali», cioè dell'eguaglianza sostanziale, ma non mi posso soffermare, in queste brevi annotazioni, neppure di sfuggita sul punto).

4. Ciò detto non mi rimane che da chiedere se sia quella prospettata la tendenza reale. Basta guardare alle trasformazioni in corso, alle legislazioni, nazionali e internazionali, relative alle emigrazioni, alle politiche nazionali e comunitarie sui flussi, alle progressive limitazioni dei diritti di libertà – per gli stranieri ma che coinvolgono anche i cittadini – in ragione della lotta al terrorismo, per rendersi conto che gli ordinamenti giuridici concreti anziché impegnarsi a rafforzare la propria capacità inclusiva, tentano affannosamente di escludere. D'altronde non è neppure difficile individuare il fondamento di questa strategia dell'esclusione: la *cultura* egemone appare quella della paura, in ciò sostenuta dalle *forze politiche e sociali dominanti*.

È questo che spiega perché non basta scrivere nelle nostre Dichiarazioni o Carte costituzionali «sacri» principi, quale la «non discriminazione», né è sufficiente il pur essenziale ruolo delle Corti, ma è anche necessario guardare al concreto funzionamento degli ordinamenti. È questo che spiega, altresì, perché i giuristi non possono prescindere dallo studio delle condizioni materiali in cui versa lo stato della cultura, interrogandosi sul decisivo ruolo dei reali soggetti sociali.

# *Relazione di sintesi*
# *Discriminazione, non discriminazione e problemi attuali del costituzionalismo*

*di Gianni Ferrara*

Devo premettere che mi sento del tutto inadeguato al compito di relatore di sintesi. Mi si potrebbe giustamente obiettare che avrei dovuto quindi declinare l'invito così cortesemente rivoltomi. Lo ho invece accettato sperando che avreste perdonato il mio ardire, ascoltando la ragione che mi ha spinto ad essere qui a fingere di svolgere una relazione di sintesi. La motivazione può apparire stravagante, ma è sincera. Non facendo parte del Gruppo di Pisa, perché non ne ho condiviso l'ideologia – ed uso questo termine con tutto il rispetto per una grande cultura giuridica, quella che ha dalla sua parte una storia secolare di riflessione e di elaborazione dei dati giurisprudenziali come gli unici rivelatori effettivi della giuridicità – intendevo sperimentare un confronto ravvicinato con gli esponenti di questo orientamento culturale, cui, pur nel dissenso, ho sempre provato molta ed ininterrotta ammirazione per il rigore eccellente delle loro ricerche e per la costante fedeltà all'impegno metodico scelto.

Intendevo, insomma, capire dove stava approdando, e con quale giudizio sul proprio operare, la tendenza dottrinale volta, sostanzialmente, a risolvere il diritto costituzionale nella giurisprudenza costituzionale. C'è una estremizzazione, in questa definizione, lo riconosco, ma è dovuta all'esigenza di cogliere il tratto caratterizzante di un gruppo se non di una scuola e a sottolinearlo. Senza omettere però di citare contemporaneamente l'irraggiungibile vastità delle elaborazioni e degli insegnamenti che l'ispiratore di questa scuola, Alessandro Pizzorusso, ha mirabilmente offerto alla scienza del diritto costituzionale. Ma il carattere che distingue la sua scuola, qualificandola, è esattamente quello che ho indicato, ed è un carattere che ha segnato gran parte del costituzionalismo italiano del secondo dopoguerra.

Io appartengo alla stessa generazione di Pizzorusso, ma mi attrasse subito un altro filone del costituzionalismo, quello nel quale continuo a militare non so se per pigrizia, se per scarsa fantasia o per testardaggine (qualità comunque negative, come è evidente). Non è che fosse ignota a noi che abbiamo optato

per quell'indirizzo la rilevanza della giurisprudenza costituzionale anche ai fini del nostro «fare diritto», ma è che questo nostro sentire e fare aveva, ed ancora ha, una matrice diversa, muove da un'altra spinta e l'una e l'altra ci sono sembrate maggiormente rivelatrici dell'essenza del costituzionalismo. Ci ha interessato il farsi del diritto come processo di condensazione del potere politico nel conformare i rapporti umani, come fattore, ragione, occasione e motivazione che determinano e legittimano la produzione delle norme, e nelle norme, proprio nelle norme giuridiche, il compiersi della politica. Pensavamo che questo processo dovesse prodursi in aderenza alle ragioni del costituzionalismo, ne avesse bisogno per legittimarsi e insieme lo sostanziasse. La giurisprudenza costituzionale sarebbe intervenuta dopo a controllare, certo, ma anche a mediare, a razionalizzare e le sarebbe stato congruo e giusto il farlo, ma pensavamo che la razionalità, o meglio, la ragione aveva da intervenire prima e subito, appena fosse investito il potere politico dell'esigenza di intervenire, nel mentre stesso che l'esigenza, la motivazione ad agire, a produrre diritto, stesse per incombere su di esso.

Ho usato il termine «ragione». La ragione era, è stata, per noi il costituzionalismo *tour court*, e lo era nella sua concretezza, quella storicamente manifestata. La ragione era, è stata ed è, per noi, la Costituzione. E lo è ancora. Ma su quali gambe poggiarla per preservarla e svilupparla, nella convinzione che per preservarla se ne dovesse sviluppare fino in fondo la tensione ad acquisire livelli più avanzati di libertà, di eguaglianza e giustizia, la si dovesse continuamente dotare di forza sociale, forse, proprio su questioni di questo tipo si è aperta una distinzione. Io non ho mai creduto che per quel compito bastasse la giurisprudenza anche se prodotta da una Corte costituzionale.

2. Una volta, e in tal modo … presentatomi a voi, cercando di chiarire il mio modo di essere costituzionalista, vengo a riferire le mie riflessioni su questo Convegno. Sono rimasto molto impressionato dalla qualità, davvero molto alta, dell'introduzione, delle relazioni e degli interventi. È molto gratificante per un vecchio costituzionalista constatare quanto sia ricca la dottrina dei costituzionalisti della generazione che ho visto alla prova in questa occasione, quanto sia profonda la loro capacità di analisi, quanto sia lucida e robusta la loro attitudine a ricostruire e a dare senso ai dati così rigorosamente raccolti. Se sono questi i costituzionalisti del Gruppo di Pisa, – i meno giovani li conoscevo e li ammiravo da prima – ebbene, al Gruppo di Pisa va riconosciuto un grandissimo merito, quello di aver forgiato giuristi di alto livello.

Dico subito che aver scelto il tema della «non discriminazione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale è prova alta e nobile per una scuola dall'orientamento scientifico del tipo di quello del Gruppo i Pisa. È del tutto evidente che scegliere un tema equivale a metterlo in discussione, a problematiz-

zarlo. Ad essere problematizzata è dunque la giurisprudenza costituzionale in ordine alla non discriminazione. Il che significa esprimere almeno qualche dubbio, la possibilità di qualche riserva, di qualche critica, di prospettare qualche indirizzo diverso da quello seguito dalla Corte. E prospettarlo proprio in ordine a questioni di fondo di un ordinamento e del suo concretizzarsi, di come la Corte abbia contribuito a giudicare, a orientare, a legittimare l'andamento del sistema giuridico quanto alla «non discriminazione». Sapendo e partendo da una certezza, quella che ad orientare, a vincolare l'andamento dell'ordinamento italiano c'era, o meglio, avrebbe dovuto esserci una certa idea di eguaglianza, quella esattamente determinata e prescritta in Costituzione. Suppone qualcosa di più rilevante ancora la scelta del tema, suppone l'ipotesi che potesse esserci, potrebbe esserci, negli enunciati normativi che si leggono in Costituzione un significato della norma diverso da quello colto e praticato dalla Corte, forse più intenso, più ampio, più incisivo. Il che è come immaginare che il diritto costituzionale posto dal Costituente non si risolvesse nella giurisprudenza della Corte, non si dovesse risolvere in essa, è come immaginare che il diritto costituzionale è altro da quello della Corte. Porre questo tema, per il Gruppo di Pisa, è equivalso a mettersi in discussione. E mettersi in discussione è prova assoluta di onestà scientifica e morale. Riconoscerlo è atto dovuto da compiere con grande rispetto e molta umiltà.

3. Anticipando un motivo emerso non solo implicitamente nel dibattito, desidero premettere che dubito molto della stessa proprietà della formula «non discriminazione». Perché non usare espressioni più nette, pregnanti quali «eguaglianza», «disuguaglianza»? Chi è il discriminato, come lo si configura, come si colloca, nella società, nella percezione comune? Come si pone quell'altra entità, singola o plurale che sia, che si suole denominare «soggetto debole»? Si pone come l'ineguale. Ma se si preferisce non usare la parola eguaglianza e quella che indica il suo contrario, qualche ragione deve pur esserci. Non è immotivata questa opzione. Così come, mi sia consentito un rilievo, nel programmare questo convegno si sono individuati esattamente i vari profili della discriminazione omettendone uno solo: quello attinente al rapporto di lavoro, ove la discriminazione è alla base, è il fondamento del rapporto. Ed è poi da quel rapporto che la discriminazione, la diseguaglianza si irradia in mille forme dirette e mediate per tutto l'ordinamento. L'omissione si spiega con la forza dell'ideologia dominate che si esercita anche attraverso vincoli inconsci, ma non perciò meno oppressivi, oppressivi anche della riflessione scientifica. I tempi che corrono sono, infatti, quelli dell'occultamento del conflitto sociale del quale ben si conosce la causa che lo produce, il bisogno primigenio che lo muove. Ed espungere dal linguaggio comune il nome dell'una e dell'altro può servire ad esorcizzare la carica rivoluzionaria della parola eguaglianza.

Ma i costituzionalisti non dovrebbero stancarsi di pronunziarla, invocarla, predicarla. È all'origine remota del costituzionalismo che si rinviene la definizione che Otane diede del governo del popolo come quello che portava il nome che più affascina: «isonomia». E *isos* in greco significa eguale.

4. Vengo finalmente alle relazioni e agli interventi, eccellenti le une e gli altri come dicevo, ma che non citerò singolarmente – e ne chiedo scusa – per non ometterne elementi, spunti, rilievi importanti. Mi esprimerò sui temi trattati, pregandovi di considerare questo come uno degli interventi.

Ho apprezzato molto i rilievi critici su certi usi della ragionevolezza. Era pure tempo che questi rilievi si esprimessero. Quando nel Convegno sul decennale della Corte mi accadde di esprimermi negativamente sull'adozione di questa categoria definendola come l'espressione formalizzata dell'ideologia dei giudici, e, in quanto tale, come prosecuzione di quella della classe dominante, e ritenendola, comunque, strumento di logica argomentativa inidonea a produrre effetti egualitari dei dispositivi delle sentenze della Corte, fui investito da critiche molto dure cui seguì un rifiuto generale ed assoluto ad abbandonare questa categoria, rifiuto che ha accomunato giurisprudenza e dottrina. Nella critica a questa logica decisionale non ero mosso da qualche ideologismo, come oggi si denominano, ma dalla preoccupazione che si potesse consolidare in Italia una tendenza che aveva già caratterizzato la giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti nell'interpretare ad esempio gli enunciati del XIV emendamento usando la ragionevolezza per eluderne le prescrizioni. Quella Corte, infatti, aveva ritenuto arbitraria ed irragionevole una legge sull'orario di lavoro nei panifici, ma dopo dieci anni, per essere mutata la sua composizione con l'immissione di giudici *liberal*, aveva sostenuto la ragionevolezza di una legge che fissava in dieci ore la durata massima della giornata lavorativa, tornando però subito dopo a praticare un indirizzo decisamente conservatore in materia sociale, fino al conflitto con Roosevelt sulla legittimità della legislazione sul *welfare*, conflitto che si risolse, com'è noto, in modo da non ridondare a favore dello spirito di autonomia del supremo organo di giurisdizione di quell'ordinamento. Sostenere una ragionevolezza così ondeggiante mi pareva … poco ragionevole e, quanto ad uso del *tertium comparationis*, mi sembrava che, nell'ambito di una legislazione così estesa e stratificata come quella italiana, l'individuazione di un *tertium* disponibile per decidere in un senso o in un altro fosse quanto mai agevole e perciò massimamente corrivo all'estensione della discrezionalità della Corte.

Soddisfatto, quindi, delle riserve espresse in vari momenti sugli usi della ragionevolezza, e passando ad un altro tema, mi ha invece sorpreso l'affermazione che in Italia si sia avviato un processo volto a riconoscere i diritti politici come diritti di partecipazione. A me sembra che i processi in corso siano, in-

vece, di segno opposto a quello incentivante la partecipazione. A conferma della non linearità dello sviluppo del costituzionalismo, sembra a me che la fase che stiamo vivendo non sia quella del rilancio della partecipazione democratica, ma della crisi della democrazia partecipata voluta e sancita della Costituzione repubblicana. Altre democrazie partecipate non se ne vedono e l'andamento di certi processi sembrano prefigurare esiti ben diversi da quelli partecipativi, esiti acclamatori. Che si accompagnano, non a caso, a rivisitazioni distorcenti di certi principi come quello dell'eguaglianza, la cui garanzia, alla stregua del novellato Titolo V, è stata ridotta a misura dei «livelli essenziali» con il che si legittimano le differenziazioni tra regioni e regioni, tra cittadini della stessa Repubblica, la nostra. Già a tanto è giunto il revisionismo costituzionale nella sua prima ed organica, ma sciagurata realizzazione.

Al di là delle apparenze e delle false contrapposizioni, altro e connesso fattore della crisi della partecipazione è quello che investe la rappresentanza investita da una intensa frantumazione, che è cosa bene diversa dalla articolazione, pluralizzazione di questo pilastro dello stato costituzionale. Credo che se ne debbano far scaturire tutte le implicazioni e far emergere la necessità di reagire al perpetuarsi di tale fenomeno che mina il fondamento dello stato contemporaneo diluendolo. Tanto più in quanto è insieme causa ed effetto della frantumazione dei soggetti sociali, dei vincoli della solidarietà e dell'appartenenza e con conseguenze devastanti per la democrazia, per i diritti, e per la stessa socialità se dovesse avanzare la degradazione a «folla solitaria» e disperata della nazione, del popolo, della classe.

Prova sicura di uno dei modi di manipolazione deformante della rappresentanza, è, come è stato rilevato, quello risultante dall'istituzione delle due Circoscrizioni Estero, una per la Camera dei deputati, un'altra per il Senato. Con questa innovazione si offre soggettività rappresentativa distinta ed autonoma ad elettrici e ad elettori che non partecipano alla vita della Nazione da decenni per essere emigrati all'estero in anni lontani o anche per essere cittadini italiani solo perché figli di cittadini italiani emigrati prima ancora della loro nascita, mai vissuti in Italia. Si è optato per una concezione della cittadinanza e dell'elettorato da *Blut … ohne Boden*, a *Blut … über alles*, una concezione francamente desolante, ispirata ad una sorta di etno-nazionalismo perverso. Distaccare la rappresentanza dalla concretezza della condizione sociale reale, indulgere ad una visione astratta della cittadinanza, astratta quanto ad ambedue i termini del rapporto rappresentativo, è lo stesso che svuotarla, è incidere sulla sua valenza e sulla sua credibilità, specie se si considera il ruolo strategico che possono avere gli eletti dalla circoscrizione Estero in ciascuno dei due rami del Parlamento ai fini della determinazione della maggioranza.

Si nega però elettorato e cittadinanza a chi in Italia ci vive, ci lavora, produce beni e servizi e la cui esistenza è connotata dalle condizioni nelle quali si vive, si lavora e si produce in Italia. E non si tratta di gruppi sparuti di donne

e di uomini ma ormai di masse quanto mai necessarie per permettere condizioni di vita possibili a vasti strati della popolazione italiana.

5. Siamo di fronte ad un'emersione imponente della questione «discriminazione», «non discriminazione», imponente perché coinvolge la rappresentanza, intesa in tutta la sua potenzialità, la cittadinanza, nel suo denotato aggregante diritti e istituzioni che li sostengono e li proteggono. Coinvolge quindi due fondamenti indefettibili del costituzionalismo distorcendoli. La rappresentanza perché viene assicurata e favorita a chi non vive la condizione di cittadino in Italia, ma negata a chi vive tale condizione, la cittadinanza che diventa ultrattiva, se *jure antiquo aut patrum*, laddove la convivenza attuale e produttiva tra cittadini ed immigrati viene dimezzata in quanto implicante solo subordinazione, asservimento degli immigrati alla potestà statale. Di fronte a questa emersione la Corte non può che arretrare, ritirarsi a tutelare, al massimo, i diritti inviolabili della persona umana, quelli riconosciuti dall'art. 2 Cost. Ma fino a che punto? Può lo Stato italiano essere considerato dalla Corte come formazione sociale entro la quale svolgono la loro personalità gli immigrati, al fine del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo comprensivi di quelli sociali ed anche di quelli politici? Una pronunzia giurisprudenziale di questo tipo non è francamente ipotizzabile. Se ne può quindi dedurre che a fronte dell'emersione di questioni di tale enorme importanza per la credibilità stessa del costituzionalismo, la giustizia costituzionale non può che dichiarare la sua impotenza.

La stessa impotenza che dimostrò, con la sentenza La Pergola nei primi anni ottanta, decidendo per l'applicazione diretta dei regolamenti comunitari e dichiarandone l'efficacia travolgente le stesse norme costituzionali. Salvando, sì, i principi supremi, ma dimenticando che tra questi, ed in posizione non recessiva, ci fossero quelli fondativi dello stato sociale e che erano (e restano) in aperta contraddizione con il liberismo economico, già assunto dall'ordinamento comunitario come fine primario della normazione che avrebbe invaso l'ordinamento interno.

La stessa impotenza che dimostra di fronte agli effetti che la globalizzazione determina in materia di garanzia dei diritti, – ne parlava acutamente Azzariti – effetti che si producono innanzitutto sul modo come l'interpretazione delle norme viene via via piegata alle imposizioni dell'economia globalizzata. Basti pensare ai diritti sociali ridefiniti come finanziariamente condizionati: una pura invenzione, molto inquietante ma rivelatrice della forza creativa che l'ideologia dominante esercita mediante la duttilità interpretativa della nostra Corte costituzionale. Basti pensare alla perfetta corrispondenza dell'invenzione giurisprudenziale dei diritti finanziariamente condizionati alla formulazione adottata dalla Carta di Nizza per i diritti sociali riconosciuti «secondo le mo-

dalità stabilite dal diritto dell'Unione» quel diritto che eleva «l'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» a principio supremo e a fine dell'ordinamento.

6. Dai dati che sono emersi a me pare evidente che ci troviamo di fronte ad un attacco mortale sferrato al costituzionalismo, un attacco che non è stato né predisposto, né scatenato da forze eversive, ma dagli apparati cui il costituzionalismo aveva affidato la realizzazione del suo programma, dei suoi obiettivi. Nella forma che ha assunto e per i caratteri che la definiscono, la globalizzazione non è stata, e non è, determinata solo dai successi enormi della tecnologia informatica, dalle applicazioni che ne sono state ricavate per rivoluzionare i processi produttivi di merci e servizi, dalle delocalizzazioni di tali processi (e delle garanzie dei diritti come notava Azzariti). La stessa *lex mercatoria* vige non soltanto grazie alla sapienza giuridica associata nei grandi studi legali internazionali. La finanziarizzazione dell'economia non è dovuta alla sola intraprendenza delle grandi banche e degli economisti che ne consigliano le iniziative o ne dirigono le attività.

A produrre la globalizzazione dell'economia, ad imprimerle l'impulso iniziale, ad avviarne il ciclo, e ad incentivarla sono stati gli apparati statali. Specificamente quelli che dispongono degli strumenti adeguati alla bisogna. Che si caratterizzano per non essere nella disponibilità immediata né delle istituzioni che incorporano la rappresentanza in forma precipua, assumendo per tale tramite gli interessi materiali della base sociale delle singole comunità statali, né delle istituzioni cui è attribuita la funzione di garanzia attiva e concreta dei bisogni riconosciuti dall'ordinamento come diritti. Sono infatti disponibili solo per gli esecutivi e piuttosto discosti dall'attenzione tempestiva dei Parlamenti e dell'opinione pubblica. Mi riferisco evidentemente a quegli atti tipici delle relazioni internazionali tra gli stati che si denominano trattati. Per il loro tramite «l'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza» ha sostituito in Europa i principi dello stato sociale. Per il loro tramite il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale, la W.T.O. esercitano la *governance* mondiale.

Con le conseguenze che abbiamo insieme esaminato e che io credo meritino una presa di coscienza adeguata alla crisi di fronte alla quale ci troviamo e che, a mio parere, va definita come tale, come messa in discussione, e nei punti più alti cui era giunto il costituzionalismo, dei principi di civiltà che lo hanno qualificato identificandolo come movimento storico teso a permeare la condizione umana di tanta libertà e di tanta eguaglianza quanta ne richiede la dignità umana.

A fronte di tali inediti e sconvolgenti fattori, credo che la risposta del costituzionalismo non possa limitarsi all'esegesi delle sentenze della Corte costitu-

zionale e perciò saluto col rispetto di sempre ma con profonda e simpatetica speranza il Gruppo di Pisa che, con questo Convegno, sembra a me che compia una svolta metodica e tematica esattamente corrispondente alle esigenze attuali della nostra scienza.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2006
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220

*Quaderni della* Rivista di Diritto Costituzionale

## Volumi pubblicati:

1. ADELE ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, 2001, pp. X-174.
2. ALESSANDRO PIZZORUSSO, ROBERTO ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, a cura di G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI, P.P. SABATELLI, 2002, pp. X-474.
3. A. ANZON, G. AZZARITI, M. LUCIANI (a cura di), *La composizione della Corte Costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del seminario di Roma del 14 marzo 2003*, 2004, pp. XIV-262.
4. C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, 2006, pp. XXVI-506.