



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

18
2021

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO da

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno

"Medicina e diritto penale"

Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di

Giuseppe Losappio

PAMELA MARTINO

Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU:
la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità
costituzionale tra civil law e common law



EDJ ZIONI
SGE

ISBN: 9788894503067

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEI QUADERNI

Claudia Capozza - Adriana Schiedi - Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Carnimeo Nicolò, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli.

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio*(in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante.

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione)
Federica Monteleone, Danila Certosino,
Dottorandi di ricerca (Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone)

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
San Francesco Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy, e-mail:
quaderni.dipartimentojonico@uniba.it telefono: +39 099 372382 • fax: +39 099 7340595
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

18
2021 QUADERNI
DEL DIPARTIMENTO JONICO

SCELTE TRAGICHE

Atti del III convegno
"Medicina e diritto penale"
Taranto, 11 dicembre 2020

a cura di
Giuseppe Losappio



L'editore "Dipartimento Jonico in Sistemi
giuridici ed economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture"
dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro"

ha chiuso il volume, composto da 287 pagine, il 28 luglio 2021.

Il testo è disponibile *open source* sul sito

<http://edizionidjsge.uniba.it/index.php/i-quaderni>.

I dottorandi Gianluca Ruggiero e Filomena Pisconti hanno collaborato
all'editing dell'opera. Un ringraziamento speciale alla dott. ssa Maria Di
Maggio. Senza il suo generoso e versatile impegno la pubblicazione non
sarebbe stata possibile

ISBN: 978889450367

REGOLAMENTO DELLE PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO JONICO IN
SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE – EDJSGE

Art. 1. Collane di pubblicazioni del Dipartimento Jonico

Il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro ha tre distinte collane:

- **Collana del Dipartimento Jonico** (d'ora in poi Collana Cartacea), cartacea, affidata alla pubblicazione di una Casa Editrice individuata con Bando del Dipartimento, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei.
- **Annali del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line dal 2013 sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita saggi, ricerche, brevi interventi e recensioni collegati alle attività scientifiche del Dipartimento Jonico. Gli Annali del Dipartimento Jonico hanno cadenza annuale.
- **Quaderni del Dipartimento Jonico**, collana di volumi pubblicata on line sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici>, ospita lavori monografici, atti congressuali, volumi collettanei monotematici.

Art. 2. Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico

È istituito un Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico formato dai Direttori delle tre collane che dura in carica per un triennio.

Il Coordinamento è diretto dal Direttore del Dipartimento in qualità di Direttore della Collana cartacea, ed è convocato, secondo le necessità, anche su richiesta dei Direttori delle Collane. La riunione del Coordinamento a discrezione del Coordinatore può essere allargata anche ai componenti dei Comitati Direttivi delle tre collane dipartimentali.

Il Coordinamento approva o rigetta le proposte di pubblicazione dei volumi delle Collane, dopo l'espletamento delle procedure di referaggio da parte dei Direttori e dei Comitati Direttivi. In caso di referaggi con esito contrastante, il Coordinamento decide sulla pubblicazione del contributo, sentito il parere del Comitato Direttivo della collana interessata. Il Coordinamento provvede alla formazione dei Comitati scientifici e dei Comitati Direttivi secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi.

Art. 3. Direttori delle Collane

La Collana Cartacea è diretta d'ufficio dal Direttore del Dipartimento Jonico che può nominare uno o più condirettori scelti tra i membri del Consiglio di Dipartimento che siano in possesso degli stessi requisiti di seguito elencati per i Direttori degli Annali e i dei Quaderni.

Il/i Direttore/i degli Annali del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

Il/i Direttore/i dei Quaderni del Dipartimento Jonico è/sono eletto/i dal Consiglio di Dipartimento.

L'accesso alle cariche di Direttore degli Annali e dei Quaderni è riservato ai docenti in servizio presso il Dipartimento Jonico ed in possesso dei seguenti requisiti:

- professori ordinari in possesso delle medie ASN richieste per la partecipazione alle commissioni per le abilitazioni nazionali;

- professori associati in possesso delle mediane ASN per il ruolo di professore ordinario;
- RTI in possesso dell'abilitazione per la II o la I fascia, in possesso delle mediane ASN per partecipare alle abilitazioni per la II fascia;
- RTB in possesso di abilitazione alla II o alla I fascia.

I Direttori ricevono le istanze di pubblicazione secondo le modalità prescritte dagli articoli seguenti, valutano preliminarmente la scientificità della proposta tenendo conto del *curriculum* del proponente e dei contenuti del lavoro e procedono, nel caso di valutazione positiva, ad avviare le procedure di referaggio.

I Direttori presiedono i lavori dei Comitati Scientifici e Direttivi e relazionano periodicamente al Coordinamento.

I Direttori curano che si mantenga l'anonimato dei revisori, conservano tutti gli atti delle procedure di referaggio, informano sull'esito delle stesse gli autori invitandoli, ove richiesto, ad apportare modifiche/integrazioni, decidono, d'intesa con il Coordinamento, la pubblicazione o meno in caso di pareri contrastanti dei *referees*.

Art. 4. Comitati scientifici

Ogni collana ha un proprio Comitato Scientifico composto dai professori ordinari e associati del Dipartimento Jonico.

Il Consiglio di Dipartimento può deliberare l'inserimento nel Comitato Scientifico di studiosi italiani o esteri non appartenenti al Dipartimento Jonico.

Art. 5. Comitati Direttivi

Ciascuna delle tre Collane ha un Comitato Direttivo formato da professori e ricercatori, afferenti al Dipartimento Jonico, in possesso, per il rispettivo settore disciplinare, delle mediane richieste dall'ASN per il ruolo successivo a quello ricoperto o, se ordinari, per la carica di commissario alle abilitazioni nazionali.

A seguito di invito del Coordinatore delle Collane del Dipartimento Jonico gli interessati presenteranno istanza scritta al Coordinamento che, in base alle indicazioni del Consiglio di Dipartimento, provvederà alla scelta dei componenti e alla loro distribuzione nei tre Comitati Direttivi.

I Comitati Direttivi collaborano con il Direttore in tutte le funzioni indicate nell'art. 3 ed esprimono al Coordinamento il parere sulla pubblicazione nella loro Collana di contributi che hanno avuto referaggi con esiti contrastanti.

Art. 6. Comitato di Redazione

Le tre Collane sono dotate di un Comitato di Redazione unico, composto da ricercatori, dottori di ricerca e dottorandi, afferenti al Dipartimento Jonico e individuati dai Comitati Direttivi, che, sotto la direzione di un Responsabile di Redazione (professore ordinario, associato o ricercatore), nominato dal Coordinamento delle Collane del Dipartimento Jonico, cura la fase di *editing* successiva all'espletamento positivo della procedura di referaggio.

Art. 7. Procedura di referaggio

Tutte le Collane del Dipartimento Jonico adottano il sistema di revisione tra pari (*peer review*) con le valutazioni affidate a due esperti della disciplina cui attiene la pubblicazione individuati

all'interno dei Comitati Scientifici o Direttivi, oppure, ove ritenuto necessario, all'esterno dei predetti Comitati.

La procedura di referaggio è curata dal Direttore della Collana con l'ausilio dei rispettivi Comitati Direttivi.

Art. 8. Proposta di pubblicazione

La proposta di pubblicazione deve essere indirizzata al Direttore della Collana su modulo scaricabile dal sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali> nel quale il proponente dovrà indicare le proprie generalità e sottoscrivere le liberatorie per il trattamento dei dati personali e per l'eventuale circolazione e pubblicazione on-line o cartacea del lavoro.

Se il proponente è uno studioso "non strutturato" presso una università o centro di ricerca italiano o estero, la proposta di pubblicazione dovrà essere accompagnata da una lettera di presentazione del lavoro da parte di un professore ordinario della disciplina cui attiene la pubblicazione proposta. Alla proposta di pubblicazione il proponente deve allegare il proprio *curriculum vitae et studiorum* (ovvero rinviare a quello già consegnato in occasione di una precedente pubblicazione) e il file del lavoro in due formati, word e pdf.

Per la pubblicazione sulla Collana Cartacea, il proponente dovrà indicare i fondi cui attingere per le spese editoriali.

Le proposte di pubblicazione dovranno attenersi scrupolosamente ai criteri editoriali pubblicati sul sito <https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>. Nel caso di non corrispondenza, o di corrispondenza parziale, il Responsabile di Redazione, coadiuvato dal Comitato di Redazione, invierà agli autori le indicazioni cui attenersi per la fase di *editing*.

Nel caso siano previste scadenze, pubblicate sul sito, la proposta dovrà pervenire tassativamente entro la data indicata, pena la non ammissibilità della stessa.

INDICE

I SESSIONE:

SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

RELAZIONI

RICCARDO PAGANO <i>Die Kehre come scelta: il tragico come opportunità.</i>	1
STEFANO CERVELLERA, CARLO CUSATELLI, UMBERTO SALINAS <i>L'analisi quasi-real-time della mortalità tarantina fra emergenza ambientale e covid-19.</i>	8
LAURA COSTANTINO <i>Le scelte tragiche nel quadro della food security. Approvvigionamento alimentare e interventi regolativi nell'epoca della pandemia.</i>	14
IVAN INGRAVALLO <i>Il (difficile) bilanciamento tra misure di contrasto alla pandemia da covid-19 e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.</i>	24
PAMELA MARTINO <i>Giudicare su scelte tragiche sotto l'egida della CEDU: la funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale tra civil law e common law.</i>	36

PIERLUCA MASSARO	
<i>Le scelte tragiche nel prisma della tutela della salute in carcere.</i>	48
PAOLO PARDOLESI	
<i>Pandemie e scelte tragiche.</i>	65
FRANCESCO PERCHINUNNO	
<i>Scelte tragiche nell'era covid-19: la tutela del personale sanitario nel quadro dei valori costituzionali.</i>	72
MARIA BENEDETTA SAPONARO	
<i>L'insostenibile leggerezza del tragico.</i>	81
ADRIANA SCHIEDI	
<i>La dialettica tra logos/pathos: per una pedagogia fenomenologica della ragione empatica.</i>	92
PAOLO STEFANÌ	
<i>Diritto, religione e scelte tragiche.</i>	104
LAURA TAFARO	
<i>Il paradigma rovesciato: le scelte non tragiche.</i>	110
STEFANO VINCI	
<i>L'influenza spagnola e le scelte emergenziali del governo italiano.</i>	148

INTERVENTO PROGRAMMATO

FABRIZIO CESAREO	
<i>Principio di precauzione e gestione del rischio.</i>	170

II SESSIONE: SCELTE TRAGICHE, SCELTE INFELICI E DIRITTO PENALE

MAURIZIO CARBONE	
<i>Introduzione.</i>	174

RELAZIONI

LUCIA RISICATO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.
Profili di responsabilità del "rianimatore".*

178

GIANDOMENICO DODARO

*Mors tua, vita mea, morire con il covid per l'assenza di posti letto.
Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando
e controllo" della sanità.*

189

MARCO SCOLETTA

*Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli
enti sanitari.*

198

SILVIA TORDINI CAGLI

*La disattivazione del "supporto vitale" della persona capace
di consenso ma non di agire.*

212

MARIA BEATRICE MAGRO

*Disattivazione del "supporto vitale" della persona incapace
di consenso e di azione ed evoluzione giurisprudenziale sull'aiuto al suicidio.*

220

GIUSEPPE LOSAPPIO

Fine vita e "diritto vivente" dal caso Englaro a quello Trentini.

258

I SESSIONE

SCELTE TRAGICHE, CULTURA, ECONOMIA E DIRITTI

RELAZIONI

Pamela Martino

**GIUDICARE SU SCELTE TRAGICHE SOTTO L'EGIDA DELLA
CEDU: LA FUNZIONE EXTRAPROCESSUALE DEL SINDACATO
DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE TRA CIVIL LAW E
COMMON LAW**

ABSTRACT

L'articolo si propone di indagare come la funzione extraprocessuale/democratica del sindacato di legittimità costituzionale in ordine a scelte tragiche, che assolve all'esigenza di assicurare il consenso dell'uditorio universale intorno ai pronunciamenti costituzionali, si risolve in un veicolo di legittimazione di sistema per i giudici costituzionali negli ordinamenti di *civil law* come negli ordinamenti di *common law*.

Tragic legal cases are part of everyday adjudication which attempts to accommodate disagreement between fundamental values. In such cases adjudication needs a widespread approval which cannot be satisfied only by means of legal reasoning. In this respect the essay discusses the constitutional judges' performance by ensuring that disputes are settled in a way that maintain their role in a sustainable Constitution.

PAROLE CHIAVE

Sindacato di legittimità costituzionale –
Scelte tragiche

Judicial review of legislation – Tragic
choices

Sommario: 1. Scelte tragiche e funzione extraprocessuale del sindacato di legittimità costituzionale. – 2. Lì dove tutto ha avuto inizio: l’esperienza britannica. – 3. La garanzia di effettività dei diritti nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense. – 4. La funzione democratica del sindacato di legittimità costituzionale come valvola di sostenibilità del sistema costituzionale: cenni all’esperienza italiana.

1. Lo sguardo del gius-comparatista rivolto a scelte tragiche che hanno scandito le tappe della storia costituzionale delle più diverse esperienze ordinamentali si sofferma naturalmente sulla loro dimensione giuridica, sulle ragioni di contesto che ne hanno determinato il compimento nonché sulle ricadute di tali scelte sull’ordinamento, sugli equilibri istituzionali e sulla comunità statale.

Ma prima di tutto lo studioso è chiamato ad approfondire la definizione di tragicità. A ben vedere è la cultura costituzionale che connota ciascuna esperienza ordinamentale a determinare ciò che va inteso come tragico. V’è da chiedersi, pertanto, se realtà ordinamentali (come quelle di *civil law* e di matrice anglosassone) e socio-economiche diverse adottino criteri eterogenei di determinazione della tragicità di una scelta e se ne governino allo stesso modo gli effetti. Come evidenziato da illustre dottrina¹, le società democratiche contemporanee, pur condividendo un’ampia gamma di valori, si vedono costrette ad una operazione di bilanciamento al fine di legittimare alcune tragiche scelte e di governarne l’impatto sull’ordinamento; nondimeno tale operazione segue direttrici che non sono passibili di cristallizzazione nel tempo in quanto, se per un verso una scelta tragica, per essere tollerata e assimilata, esige di collocarsi in una cornice giuridica che consente di preservare la certezza del diritto, per altro verso è la variabilità di elementi di contesto di natura socio-politica ed economica che insistono sulla dimensione giuridica della tragicità a determinarne l’indirizzo interpretativo.

Lo studio comparato delle esperienze ordinamentali, infatti, attesta che, in costanza di emergenza sanitaria ma anche a prescindere dal suo verificarsi, l’osservanza di valori e principi fondamentali nonché le garanzie costituzionali dei diritti individuali assumono in sede applicativa un’intensità mutevole in ragione della variabilità di regole altre rispetto alle norme giuridiche, come quelle che governano l’economia, che

¹ Il riferimento è ad una recente intervista rilasciata da Philip Bobbit e pubblicata su Giustizia insieme il 17 maggio 2020 con il titolo *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbit riflette sulla pandemia* (reperibile in www.giustiziainsieme.it). Philip Bobbit è autore insieme a Guido Calabresi di un classico su temi etici, economici e giuridici, intitolato *Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C.M. Mazzoni e V. Varano, Giuffrè, Milano, 2006.

insistono sull'apparato normativo. Lo si riscontra nel quadro dell'attività giurisdizionale e, in particolare, del sindacato di legittimità costituzionale; è, dunque, di particolare interesse indagare se e a quale condizionamento è esposto il controllo di legittimità costituzionale di scelte tragiche.

Benché necessariamente inserite in una cornice giuridica, le scelte tragiche hanno ricadute immediate sulla comunità statale e sulle istituzioni, generano criticità sul piano politico, economico e sociale la cui composizione è strettamente connessa alla maturazione intorno a loro di un consenso diffuso. La cifra di tale consenso si misura in via definitiva nella fase applicativa delle predette scelte e, soprattutto, in costanza del processo di verifica della legittimità costituzionale della loro dimensione giuridica.

Di qui l'interesse per la funzione extraprocessuale (o democratica) del sindacato di legittimità costituzionale in ordine alle scelte tragiche che si dispiega nel corso del procedimento dinanzi ai giudici costituzionali e trova sintesi nella motivazione giudiziale che, quale canale necessario di comunicazione diretta delle Corti costituzionali con l'elettorato e di acquisizione di un consenso diffuso, consente al Giudice delle leggi di ricucire lo strappo che le sue decisioni, anch'esse talvolta tragiche, sono suscettibili di generare².

La funzione democratica attiene alla vocazione alla legittimazione del Giudice costituzionale, chiamato a comporre la tutela degli interessi di parte con la garanzia della Costituzione, presso la comunità statale³. La sua è dunque legittimazione di sistema, legata a doppio filo alla legittimazione sociale dell'organo di giustizia costituzionale che presuppone un canale comunicativo con l'uditorio universale. La "forza politica"⁴ immanente alle pronunce delle Corti costituzionali presuppone un confronto con l'opinione pubblica ai fini non solo della formulazione delle decisioni, ma anche della garanzia della loro effettività⁵: i giudici costituzionali, chiamati a

² Sulla distinzione tra funzione endoprocessuale ed extraprocessuale (o democratica) della motivazione giudiziale v. M. Taruffo, voce *Motivazione VI) Motivazione della sentenza – Dir. comp. e stran.*, *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1 ss.; P. Caretti, voce *Motivazione I) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 1 ss. Sul tema, incidentalmente anche M. Lupoi, *Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1967, pp. 202 ss.

³ Il tema della funzione extraprocessuale della motivazione è inevitabilmente connesso a quello della legittimazione democratica delle Corti costituzionali, fortemente dibattuto in Europa e oltreoceano. Cfr., a tal proposito, l'autorevole contributo di J.H. Ely in *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1980.

⁴ La felice espressione è di T. Martines in *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 267 ss.

⁵ In tal senso A. Rauti, «*Il tuo nome soltanto m'è nemico ...*». «*Linguaggio*» e «*convenzioni*» nel dialogo tra Corte costituzionale e opinione pubblica, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto,

presidiare, pur nell'evoluzione dei loro contenuti, la condivisione sociale dei valori costituzionali, necessitano di una legittimazione di fronte all'uditorio che non può esaurirsi nelle garanzie di imparzialità e indipendenza connesse alla struttura dell'organo di giustizia costituzionale e al suo ruolo nel sistema, ma che è chiamata a persistere costantemente nelle numerose stagioni della sua attività ermeneutica⁶. Le Corti costituzionali, infatti, devono pur sempre affidare ad altri l'osservanza (opinione pubblica), l'esecuzione (organi costituzionali) e l'applicazione (giudici) delle proprie decisioni; la preservazione della consonanza della giurisprudenza costituzionale con lo spirito popolare⁷, impone ai giudici costituzionali di instaurare con tutti loro un dialogo.

Quest'ultimo muove dall'oggetto del giudizio, terreno di osmosi tra il dato giuridico e quello sociologico e di confronto tra il valore giuridico che l'ordinamento attribuisce ad un interesse individuale o collettivo e l'orientamento in proposito dell'opinione pubblica. Ne deriva il crescente rilievo attribuito al ruolo dei fatti nella ricostruzione dell'oggetto del giudizio e l'elevazione dell'opinione pubblica e della coscienza sociale a parametro costituzionale sussidiario⁸ che ha talvolta indotto molti degli *overruling* delle sentenze costituzionali, maturati a seguito del mutamento del comune sentire in grado di condizionare e sensibilizzare i giudici ad una incrementale attuazione dei valori costituzionali⁹.

P. Veronesi (a cura di), «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, ESI, Napoli, 2006, pp. 581 ss.

⁶ Infatti, «nessun potere è immune alla richiesta di legittimità ... ogni volta che qualcuno mette in dubbio la legittimità del potere altrui, il detentore del potere deve rispondere non reprimendo il contestatore, ma fornendo una ragione la quale spieghi perché egli abbia un diritto ... maggiore di chi lo contesta» (B. Ackerman, *La giustizia sociale nello Stato liberale*, trad. it. Di S. Sabatini, a cura di F. Romani, il Mulino, Bologna, 1984, p. 42).

⁷ C. Mortati, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua validità* (1949), in Id., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale. Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 690 ss.

⁸ Vi fa frequentemente riferimento la dottrina statunitense: v. B. Ackerman, *We the People: Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass. & London, 1998; un riscontro anche in T. Groppi, "We the People: Transformations". *Considerazioni su un libro di Bruce Ackerman*, in *Politica del diritto*, 1999, pp. 187 ss.

⁹ Si vedano, a mero titolo esemplificativo: la sentenza italiana sul cognome dei figli (n. 61 del 2006) sulla quale I. Nicotra, *L'attribuzione ai figli del cognome paterno è retaggio di una concezione patriarcale: le nuove Camere colgano il suggerimento della Corte per modificare la legge*, in www.giurcost.org; nonché la giurisprudenza costituzionale, ancor più condizionata, in materia di adulterio femminile. Il riferimento ultimo è alla sentenza della Corte costituzionale italiana n. 64 del 1961 sulla quale v. A. Rauti, *Il diritto alla reputazione del singolo di fronte al «tribunale» dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del Barone di Münchhausen*, in V. Tondi della Mura, M. Carducci, R. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 632 ss.

In sintesi, le questioni di costituzionalità naturalmente intercettano interessi più ampi di quelli dei soli soggetti della controversia concreta nell'ambito della quale esse vengono sollevate. Le Corti, dunque, sono chiamate a trascendere il caso concreto e gli interessi specifici in esso coinvolti, per adottare pronunce sulle leggi che siano le più adeguate a garantire il rispetto della Costituzione e ad assicurare la tenuta dell'ordinamento soprattutto di fronte a scelte tragiche passibili di alterare gli equilibri di sistema e di persuadere l'uditorio universale dell'inefficacia del sistema delle garanzie costituzionali.

Di particolare interesse, in questo quadro, si rivela la verifica di una convergenza tra giudici di *common law* e di *civil law* nella definizione della formula di dialogo con l'uditorio universale adoperata nel quadro del sindacato di legittimità costituzionale di scelte la cui tragicità è connessa a temi (come il fine vita e l'interruzione della gravidanza) centrali nel dibattito contemporaneo in ordine alle criticità insite nella predetta operazione di bilanciamento tra valori e diritti fondamentali.

2. L'indagine evidenzia che il dialogo dei giudici costituzionali con l'uditorio universale si dispiega secondo formule eterogenee. Ciò risulta prescindere dall'adesione a sistemi sovranazionali di garanzia dei diritti individuali come la Cedu, che si risolvono tutt'al più per le Corti in veicoli di consolidamento della loro legittimazione di sistema nel quadro dell'ordinamento interno.

È il caso della Corte suprema del Regno Unito dalla giurisprudenza della quale giova muovere in quanto si inquadra nell'ordinamento padre del *common law* ed è il prodotto contemporaneo di un percorso costituzionale che rinviene nell'Inghilterra seicentesca le origini del sindacato di legittimità costituzionale. In assenza di una Costituzione scritta, la Corte suprema non è certo qualificabile come Corte costituzionale benché come tale operi tanto più nel quadro di controversie concernenti la compatibilità delle norme interne con il disposto convenzionale. A tale ultimo proposito, ciò che più rileva con riguardo all'esperienza ordinamentale britannica è che ivi origina la concezione negoziale dei diritti¹⁰: ciò fonda la qualificazione della sfera individuale prima sulla relazione di ciascun individuo con il potere, poi sulla sua capacità attiva di autodeterminazione a fronte della Cedu che è vocata all'affermazione del principio dell'autodeterminazione individuale. Dunque, nel Regno Unito la libertà individuale è originariamente intesa come residua all'adempimento dei doveri di ciascuno e a quello delle Corti di assicurare l'osservanza della legge, e il suo conflitto con lo spazio di manovra individuale di matrice convenzionale non è tuttora superato. Tale concezione dei diritti individuali ha avuto inevitabili ricadute sul corso giurisprudenziale in ordine

¹⁰ A tal proposito v. C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, il Mulino, Bologna, 2014, partic. pp. 17 ss.

alla conformità al disposto Cedu della normativa che disciplina temi, come il fine vita, nel quadro dei quali si realizzano scelte tragiche. Difatti, ricorrenti sono state le critiche rivolte alla Corte per il suo approccio deferente nei confronti del Governo e del Parlamento quando ha rigettato il ricorso avverso le leggi sul suicidio assistito, sull'aborto in Irlanda del Nord ovvero sul *benefit cap* governativo, in tutti i casi, ma per ragioni diverse, salvando le misure adottate dagli organi di indirizzo politico; e prudente è stato l'approccio dei giudici supremi nell'ambito del *judicial review* di provvedimenti governativi rientranti nei *prerogative powers*, fondati sulla tenuta dei rapporti internazionali britannici ma lesivi di diritti fondamentali garantiti dal disposto convenzionale e interno¹¹.

Nel caso del ricorso riguardante la compatibilità della legge sul divieto del suicidio assistito con il disposto convenzionale (*Suicide Act 1961*), in *R (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice* la Corte suprema all'unanimità ha cavalcato il margine di apprezzamento lasciato dalla Corte Edu ai giudici nazionali consentendo loro, ove vi fossero fondate ragioni, di applicare standard più elevati di protezione dei diritti fondamentali.

Nondimeno, il supremo organo giurisdizionale è apparso diviso sulle conseguenti implicazioni: sebbene la nozione convenzionale della libertà individuale fosse il criterio interpretativo per la composizione del caso di specie, la maggioranza della Corte dichiarava inopportuna la dichiarazione di incompatibilità con l'art. 8 Cedu prima di una valutazione parlamentare sulla eventuale modifica della normativa contestata.

Sul fronte della normativa sull'aborto (sezioni 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act 1861* e sez. 25(1) del *Criminal Justice Act (NI) 1945*), la Corte suprema a maggioranza in *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland); Reference by the Court of Appeal in Northern Ireland pursuant to Paragraph 33 of Schedule 10 to the Northern Ireland Act 1998 (Abortion) (Northern Ireland) [2018] UKSC 27*, pur rigettando il ricorso per difetto di legittimazione del ricorrente che proponeva un ricorso astratto in quanto la contestazione non muoveva dalla sussistenza di un atto illegittimo né di una sua vittima reale o potenziale, nei suoi *obiter dicta* una diversa maggioranza del collegio giudicante ha dichiarato che, atteso l'evidente contrasto tra la normativa nordirlandese e il disposto convenzionale nella parte in cui vieta l'aborto anche nei casi di malformazione del feto, violenza sessuale e/o incesto, se una vittima di tali fattispecie contestasse la legge nordirlandese, la Corte non potrebbe che dichiararne l'incompatibilità con il disposto

¹¹ Da ultimo, v. la sentenza relativa al caso *Elgizouli v. Secretary of State for the Home Department* [2020] UKSC 10.

convenzionale, in particolare con l'art. 8 Cedu (diritto al rispetto della vita privata e familiare)¹².

È evidente che le dichiarazioni dei giudici supremi indirizzano la loro riflessione su una tematica più ampia, ossia quella dei rapporti tra giudici e legislatore. Constatato il malessere diffuso nei confronti di una normativa della quale da più parti si richiede la modifica¹³, la Corte, per un verso ha sottolineato che la ragione per la quale il legislatore nordirlandese non aveva ancora provveduto ad una modifica della disciplina esistente era riconducibile alla cessazione delle attività dell'Assemblea nordirlandese a far data dal gennaio 2017.

Per altro verso, la maggioranza della Corte si è soffermata sul suo ruolo istituzionale rispetto al legislatore, tracciando una distinzione tra il margine di apprezzamento come inteso dalla Corte di Strasburgo e la sua trasposizione a livello nazionale.

L'attribuzione alle Corti del Regno Unito del potere di decidere in ordine alla incompatibilità del disposto legislativo con la Cedu consente alla Corte suprema di affermare con chiarezza che quando il Giudiziario si trova a giudicare dell'operato del Legislativo e dell'Esecutivo in materia di diritti fondamentali, il margine di apprezzamento interno non permette ai giudici di rimettersi al Parlamento ovvero al Governo come nei casi in cui per competenza istituzionale spetta loro l'assunzione di determinazioni relative al caso di specie. Sul terreno della tutela dei diritti fondamentali i giudici sono chiamati a verificare che gli atti di Legislativo ed Esecutivo siano conformi alle garanzie previste dall'ordinamento interno (nel quale la Cedu è stata incorporata con lo *Human Rights Act 1998*). Per determinazione parlamentare, dunque, i giudici nazionali monitorano gli atti parlamentari e governativi in materia di diritti fondamentali in ragione di una responsabilità condivisa con i giudici di Strasburgo.

La funzione democratica del sindacato giudiziale, dunque, varca i confini delle garanzie dei diritti individuali rendendo le controversie di tal fatta funzionali alla legittimazione

¹² Nessun dubbio, invece, sulla compatibilità del disposto normativo contestato con l'art. 3 Cedu (proibizione della tortura). Trattasi, peraltro, di diritto assoluto cui non si estende il margine di apprezzamento nazionale. Per un'analisi critica del pronunciamento della Corte in ordine alla compatibilità con questo articolo si veda N. Bríd Ghráinne, A. McMahon, *Abortion in Northern Ireland and the European Convention on Human Rights: Reflections from the UK Supreme Court*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, 477 ss.

¹³ Il riferimento è ai sondaggi prodotti in giudizio dalla *Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review* ricorrente che attestano il malcontento dell'opinione pubblica in ordine alla normativa vigente: pur non potendo prevalere sulle decisioni dell'Assemblea nordirlandese, gli stessi sono degni di considerazione in quanto attestanti un sentimento diffuso sufficiente da solo a promuovere una modifica legislativa volta a rimediare all'interferenza con i diritti delle donne come garantiti dal disposto convenzionale.

del ruolo della Corte nel sistema costituzionale e alla definizione del margine di manovra del Giudiziario nella interazione con gli altri poteri.

3. In linea di continuità con la sintetica analisi dell'esperienza britannica che, sotto l'egida della Cedu, mira ad una legittimazione di sistema della Corte suprema nei riguardi dell'uditorio universale, tra gli ordinamenti di matrice anglosassone quello statunitense, svincolato dalla Cedu, si sviluppa per il tramite di un orientamento giurisprudenziale analogo a quello d'oltremontana ma con una pragmaticità ancor più spiccata e diversamente indirizzata.

Nelle recenti decisioni in tema di aborto (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt* 136 S.Ct. 2292 [2016]; *June Medical Services LLC v. Russo* 140 S. Ct. 2103 [2020]) la giurisprudenza della Corte suprema statunitense attesta quanto le sue decisioni tengano conto dell'elemento fattuale, assunto a variabile della dimensione giuridica del suo giudizio, e quanto assumano il latente obiettivo di blindare il ruolo della Corte nel sistema in modo che sia scevro da contaminazioni politiche che ne minerebbero la legittimazione.

I giudici supremi, infatti, hanno dichiarato ammissibili i ricorsi presentati dagli *abortion providers* (es. cliniche abortive) per la tutela dei diritti delle donne ovvero da soggetti che, pur non subendo direttamente il pregiudizio lamentato, hanno comunque interesse alla dichiarazione di incostituzionalità. L'ampliamento del *third party standing*¹⁴ è indicativo della consapevole maturazione di un progressivo mutamento nella funzione di controllo di costituzionalità della Corte che si apre ad ibridazioni e contaminazioni atte a garantire l'effettività dei diritti andando ben oltre il loro mero riconoscimento. Il dato fattuale diventa, dunque, fondamentale nel giudizio della Corte: la chiusura delle cliniche abortive avrebbe procurato in un notevole danno economico per i ricorrenti; inoltre, l'ampliamento della legittimazione ad agire diviene una via efficace per vigilare sull'effettività dei diritti delle donne senza dover attendere di costruire l'impugnazione a partire dalla vicenda di una donna a cui è stato negato il proprio diritto all'interruzione della gravidanza costituzionalmente garantito.

¹⁴ Si tratta di un trend giurisprudenziale già avviato come sottolineato dalla dottrina statunitense: per tutti si vedano H.P. Monaghan, *Third Party Standing*, in *Columbia Law Review*, 1984, pp. 277 ss., e R.H. Fallon, *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, in *Harvard Law Review*, 2000, pp. 1321 ss.

Anche la regola del precedente viene adoperata dal Presidente Roberts come veicolo di preservazione del ruolo e della funzione della Corte evitando, peraltro, che il suo orientamento muti in ragione della sua composizione¹⁵.

L'esperienza statunitense attesta, dunque, quanto in età contemporanea non sia il riconoscimento dei diritti ma la loro effettività il traguardo cui aspira la giurisprudenza costituzionale, in un'epoca in cui giungono all'attenzione delle Corti sempre più spesso testi normativi o prassi che hanno lo scopo di rendere più difficile compiere quanto il sistema normativo e la giurisprudenza costituzionale già consentono. Regressione nel livello di garanzia dei diritti e tentativi di inasprimento del dato normativo, difatti, sono elementi costitutivi di una tendenza che risulta essere marcata proprio in quegli ordinamenti in cui da più tempo si è giunti al riconoscimento della possibilità di interrompere volontariamente la gravidanza.

4. Il richiamo ai “doveri” dei giudici costituzionali, quasi ad intendere un obbligo di risultato derivante dal loro ruolo di presidio delle garanzie costituzionali, che già è stato intercettato nelle esperienze britannica e statunitense, trova riscontri nell'esperienza italiana, in particolare nell'orientamento giurisprudenziale recente della Corte costituzionale italiana.

Infatti, atteso che il legislatore, nel quadro della sua discrezionalità, può assumere le determinazioni che ritiene più idonee al fine di adeguare alle norme costituzionali una legge con profili di incostituzionalità, la Corte, in tutti i casi, ove sia investita della questione, non può rinviare eventualmente una declaratoria di incostituzionalità nell'attesa di un adeguamento legislativo in costanza della quale il giudice *a quo* si vede costretto ad applicare in concreto, per risolvere la controversia davanti a lui pendente, una norma non conforme a Costituzione.

In numerose occasioni la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili eccezioni di costituzionalità quando chiamata a farsi carico di scelte rientranti nella competenza del Parlamento cui rivolgeva moniti. Finché in riferimento alla vicenda Cappato la Corte ha introdotto una soluzione procedurale che, attesi il riconoscimento di quella parlamentare come la sede appropriata per il tema trattato nella sentenza n. 242 del

¹⁵ Nella sentenza del 2020 il *Chief Justice* Roberts nella sua *concurring opinion* ha richiamato addirittura il *Federalist* n. 78 ove Hamilton raccomandava il rispetto dello *stare decisis* proprio per scongiurare il rischio di decisioni arbitrarie della Corte, citando altresì W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, I, Clarendon Press, Oxford, p. 69, 1765. Sul tema dell'aborto e rigoroso rispetto del precedente da parte del giudice Roberts v. P. Ward, *What is the (Undue) Burden for Reversing Precedent? Analysis of June Medical Services v. Russo in a Newly Configured Supreme Court*, 2020 (reperibile in ssrn.com).

2019 e ciò nonostante la resistenza parlamentare a provvedere, attesta l'esigenza di un intervento diretto del Giudice costituzionale.

La prassi del sindacato di legittimità costituzionale testimonia che la funzione democratica dello stesso non assolve all'avvertita esigenza di legittimazione dei giudici costituzionali: quest'ultima, che si manifesta nell'attivismo mediatico delle Corti e sul terreno dei rapporti con l'opinione pubblica nel tentativo non tanto di una investitura popolare quanto della diffusione della conoscenza del parametro costituzionale e dell'azione di controllo della Corte suscettibile di rafforzarne il sostegno da parte della comunità statale, trova al massimo conforto nella motivazione delle sentenze costituzionali; la funzione democratica, nella sua accezione endogena, è rivolta ad assicurare una precisa collocazione dei giudici costituzionali nell'assetto dei poteri.

L'accezione tutta interna della funzione democratica del sindacato e della motivazione non può certo dirsi espressione di quello che parte della dottrina ha definito "suprematismo giudiziario"¹⁶: con particolare riferimento alla recente giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, il rimprovero rivolto ai giudici costituzionali italiani è quello di aver superato i limiti costituzionali al ruolo dell'organo di giustizia costituzionale generando nuove tecniche di giudizio e tipologie di decisioni, e manipolando le regole processuali esistenti al fine di alterare ad arte l'equilibrio dei poteri; rimprovero che, secondo altra dottrina, sarebbe più opportuno muovere alla magistratura ordinaria che, operando prima per valori e poi secondo la legge, ha spinto la garanzia dei diritti oltre il disposto normativo¹⁷.

Lungi dal voler invadere l'ambito di competenza del legislatore e manifestare ambizioni suprematiste, la Corte presidia la sua posizione di difensore della Costituzione nel rispetto degli altri poteri dello Stato. Le pronunce costituzionali sulle scelte tragiche travolgono l'identità costituzionale della comunità statale e, muovendo dal bilanciamento tra diritti costituzionalmente protetti, finiscono per divenire la valvola di sfiato della dinamicità della forma di governo in quanto, assicurando la

¹⁶ Espressione adoperata da Andrea Morrone in *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 251 ss.: secondo l'Autore, nelle sentenze nn. 1/2014 e 10/2015 nonché nell'ord. n. 207/2018, «supremazia della costituzione e legittimazione del giudice costituzionale sono continuamente coinvolti. Tutelare l'una rafforza l'altra; e la seconda, alimentandosi della prima, consente al *custode* di coniare nuovi moduli (di giudizio e di decisione), *superando* le regole processuali esistenti, *riscrivendo* norme sostanziali, *modificando* l'equilibrio dei poteri» (pp. 256-257).

¹⁷ Processo favorito dal sistema di garanzia multilivello dei diritti, come si evince in R. Conti, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto UE*, in A. Ciancio (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 75 ss. Su tale "deriva", in nome dell'imperativo della massimizzazione della garanzia dei diritti, v. A. Mangia, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 859 ss.

garanzia di effettività dei diritti, marcano un ruolo sempre più definito del Giudice costituzionale nel sistema.

Tale processo passa per la sempre più marcata flessibilità delle regole del processo costituzionale e per l'apertura del contraddittorio che estendono la funzione democratica, tradizionalmente riferita alla motivazione giudiziale, all'intero sindacato di legittimità costituzionale assolvendo ad una funzione etica di garanzia di sostenibilità infragenerazionale e intergenerazionale del sistema costituzionale.