

Collana di studi

14

# **COSTITUZIONE E STATO SOCIALE**

a cura di

**Antonio Ignazio Arena e Alberto Randazzo**



2024

**CONSULTA ONLINE**

In copertina: La fontana di Orione realizzata nel 1553 da Giovanni Angelo Montorsoli in collaborazione con Domenico Vanello (piazza Duomo, Messina)

# **Costituzione e Stato sociale**

**a cura di**

**Antonio Ignazio Arena e Alberto Randazzo**



**Collana di studi di Consulta OnLine**  
**14**

*Il volume raccoglie i contributi elaborati a margine del ciclo di seminari tenuti presso l'Università di Messina nell'a.a. 2021-2022*

**Ottobre 2024**

**ISBN: 979-12-81326-04-0**

**Editore Consulta OnLine - CF 90078670107**

**Via Balbi 22 - 16126 Genova**

**[info@giurcost.org](mailto:info@giurcost.org)**



## INDICE

<b>Giovanni Moschella</b> <u><a href="#">Prefazione</a></u>	VII
<u><a href="#">Antonio Ignazio Arena, Alberto Randazzo</a></u> <i>Introduzione</i>	1
<u><a href="#">Gianluca Famiglietti</a></u> <i>Per una società giusta e inclusiva. I diritti dei migranti nella Costituzione italiana</i>	13
<u><a href="#">Anna Lorenzetti, Francesco Picozzi</a></u> <i>Il sovraffollamento carcerario tra narrazione dottrinale, giurisprudenza contra legem e disattenzione del legislatore: alcune considerazioni dal punto di vista costituzionale</i>	31
<u><a href="#">Annamaria Poggi</a></u> <i>Scuola e pandemia: cosa è accaduto, cosa abbiamo imparato</i>	77
<u><a href="#">Emanuele Rossi</a></u> <i>Il Terzo settore nel sistema costituzionale italiano</i>	81
<u><a href="#">Antonio Ruggeri</a></u> <i>Note minime in tema di sovraffollamento carcerario (e non solo...)</i>	103
<u><a href="#">Anna Maria Citrigno</a></u> <i>Prime note sul diritto allo studio dei detenuti</i>	109
<u><a href="#">Rosario Ceraolo</a></u> <i>Opportunità della co-programmazione e della co-progettazione in Sicilia</i>	117
<u><a href="#">Elena Girasella</a></u> <i>Tutti gli esseri umani hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge. Il riconoscimento del diritto allo studio in favore dei non cittadini, rifugiati e migranti richiedenti asilo</i>	121
<u><a href="#">Letizia Salvo</a></u> <i>La protezione temporanea a favore degli sfollati ucraini: i limiti della decisione di esecuzione</i>	131
<u><a href="#">Rocco Scicchitano</a></u> <i>La giustizia di comunità (anche) come risposta al sovraffollamento carcerario</i>	141
<u><a href="#">Francesco Torre</a></u> <i>La corsa al trilogio ovvero la “prima parola” è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022)</i>	149
<u><a href="#">Collaboratori del volume</a></u>	163



GIOVANNI MOSCHELLA\*

## Prefazione

*Nell'accingermi a scrivere questa Prefazione mi sono chiesto quale potesse essere il trait d'union tra i contributi contenuti nel presente volume, concludendo che ciascun saggio esamina, con estrema sensibilità, profili certamente tra loro differenti, ma tutti riconducibili al tema della centralità della tutela dei diritti sociali all'interno degli ordinamenti contemporanei.*

*La crisi della sovranità dello Stato riconducibile al processo di globalizzazione e, all'interno del continente europeo, alla connotazione prevalentemente economica del processo di integrazione dell'UE, unitamente alla crisi finanziaria e, da ultimo, alla emergenza sanitaria provocata dal Covid 19, hanno attivato in magna pars delle democrazie contemporanee, e segnatamente in quelle europee, spinte nazionaliste e sovraniste contraddistinte da una forte contrapposizione verso gli organismi internazionali e sovranazionali e da una esaltazione delle politiche identitarie. Nello stesso tempo, alcuni processi, come ad esempio l'intensificarsi dei flussi migratori e la crisi delle istituzioni della rappresentanza politica, hanno contribuito ad alimentare movimenti politici di matrice populista che si ispirano al popolo come entità unica ed omogenea posta in contrapposizione ad altre, diverse entità, come stranieri, immigrati, ma anche poteri e istituzioni, che ne metterebbero a repentaglio l'integrità. Si richiamano, infine, pur se brevemente, gli effetti prodotti dalla globalizzazione e dalla trasformazione capitalistica sulle democrazie di welfare che hanno evidenziato come il problema della democrazia sia collegato strettamente alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, non essendo più sufficiente garantire, attraverso i diritti fondamentali di libertà un livello minimo di partecipazione al potere, dovendosi considerare ormai «la stessa democrazia come diritto dell'uomo» (Denninger). Si riscontra pertanto, in questa fase storica di transizione, un intreccio profondo tra crisi della sovranità statale, espansione dei diritti dell'uomo e funzione della cittadinanza, che si trasforma da istituto di collegamento di natura politica tra Stato ed individuo in presupposto essenziale per il godimento di situazioni di vantaggio economico e sociale che si concretano nella c.d. "cittadinanza sociale", cioè nella premessa di un catalogo di libertà (negative e positive), diritti sociali e diritti di prestazione della terza e della quarta generazione.*

*Lo smantellamento dello Stato sociale che ha caratterizzato la fase finale del XX secolo e il primo scorcio di quello presente ha segnato non solo una preoccupante riduzione degli ambiti e dei livelli delle prestazioni assicurate dallo Stato e dai poteri pubblici, ma al contempo uno svilimento della tutela e del riconoscimento dei diritti fondamentali, facendo coincidere la crisi dello Stato sociale con quello della democrazia. Così, il complesso rapporto tra diritti sociali e democrazia pluralista viene affrontato dagli Autori, ciascuno da una diversa e originale prospettiva, come presupposto per la garanzia di effettività di tutti i diritti (universalità dei diritti sociali), a partire dal tema dell'immigrazione e della tutela dei diritti dei migranti (incluso il riconoscimento del diritto allo studio ai non cittadini), ampiamente trattato nel volume, che costituisce una significativa cartina di tornasole sulla tenuta dello Stato sociale negli ordinamenti contemporanei. Infatti, la misura della tutela dei diritti inviolabili (ma anche di quelli sociali) da parte dell'ordinamento a favore dei cittadini immigrati è strettamente correlata all'osservanza del principio personalista e dei doveri di solidarietà, da un lato, e, dall'altro, dei principi di uguaglianza e di pari dignità sociale, cui la Costituzione italiana si informa. Non può sottacersi, a tal proposito, come la teoria costituzionalistica tenda ormai ad affermare l'effettiva universalizzazione dei diritti della persona, escludendo che la cittadinanza costituisca uno "status privilegiato" ovvero un presupposto dei diritti di cittadinanza,*

---

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università degli Studi di Messina.

*intesi nella loro complessità costituita dai diritti civili, dai diritti politici e da quelli sociali. Per quanto riguarda il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili, la Costituzione italiana, all'art. 2, dispone che la Repubblica riconosce e garantisce tali diritti riferendoli non solo al cittadino, ma all'uomo in quanto tale, richiedendo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In tale chiave interpretativa, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che, sebbene alcune disposizioni costituzionali attribuiscono formalmente taluni diritti ai soli cittadini, non è ragionevole, stante il carattere aperto del testo costituzionale, l'esclusione dei non cittadini dal godimento di alcune delle libertà fondamentali. In piena sintonia con lo spirito del principio di uguaglianza, che non deve essere interpretato in modo isolato, e nel rispetto della dignità umana, la Corte costituzionale ha così sostenuto che, se è vero che «l'art. 3 Cost. si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare i diritti fondamentali» (sent. n. 120/1967, ma anche sent. n. 62/1994) sì da riconoscere e garantire la titolarità ed il godimento di tali libertà non solo ai cittadini, ma a tutti gli esseri umani.*

*I diritti fondamentali dell'uomo, in quanto universalmente riconosciuti, dovendosi includere tra quelli di ultima generazione anche i diritti sociali, si affermano pertanto come superiori ed indipendenti rispetto ai diritti del cittadino, e per tale motivo devono essere assicurati e garantiti a tutti i soggetti che entrano in contatto con lo Stato. Siffatto processo, sebbene ancora incompiuto, lungi dal configurare uno stravolgimento dei principi generali dell'ordinamento giuridico, rappresenta semplicemente la necessità di adeguare la tutela dei diritti dell'uomo alla configurazione di un mondo globalizzato. Il livello di integrazione dei cittadini immigrati è legato soprattutto alle politiche ed agli strumenti legislativi che l'ordinamento adotta per superare le differenze culturali, ideologiche, religiose e favorire processi di inclusione e integrazione. In tale quadro, l'intervento dello Stato sarà tanto più efficace quanto più esso, attraverso le sue diverse articolazioni istituzionali, sarà in grado di assicurare, nell'ambito del principio costituzionale del pluralismo, ma anche di quello di uguaglianza, un adeguato livello di diritti, soprattutto sociali, quali, segnatamente, il diritto alla salute e il diritto all'istruzione. Tuttavia, sulla scia di un crescente senso di insicurezza (anche economica), avvertito dall'opinione pubblica, la tendenza prevalsa nel panorama europeo e in quello italiano in particolare è stata quella di adottare politiche legislative orientate prevalentemente a limitare l'ingresso degli stranieri, in particolare di quelli extracomunitari, e a introdurre un apparato sanzionatorio che ha contribuito a trasformare il problema dell'immigrazione in un problema di sicurezza e di ordine pubblico. Si è così determinato un indiscusso affievolimento nel riconoscimento e nella tutela dei diritti umani e dei diritti fondamentali degli immigrati. Più in generale, la crisi pandemica derivata dal Covid 19 ha confermato come la garanzia di effettività e di uguaglianza di alcuni diritti fondamentali a forte impatto sociale in tutto il territorio nazionale (sempre con particolare riferimento alla sanità e all'istruzione, tema quest'ultimo anch'esso oggetto di analisi all'interno del volume in relazione agli effetti della pandemia sulle istituzioni scolastiche) non possa che ricondursi ad un principio di omogeneità e di unitarietà che solo lo Stato è in grado di assicurare. In tale prospettiva, non possono non destare forte preoccupazione le modalità di attuazione del c.d. "regionalismo differenziato", di cui all'ultimo comma dell'art. 116 Cost., laddove esse prospettino un diverso livello di godimento delle prestazioni relative a diritti fondamentali in ragione dell'appartenenza territoriale dei cittadini. Alla tutela della dignità della persona umana sono dedicati, invece, i saggi sul sovraffollamento carcerario dei detenuti nei quali si evidenzia come la caratterizzazione sociale dello Stato non possa avere zone grigie, all'interno delle quali alcuni soggetti patiscano, per la loro condizione di restrizione della libertà, un affievolimento nel godimento di alcuni diritti sociali fondamentali come, ad esempio, quello alla salute o all'istruzione. Non solo perché le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.), ma in quanto tali diritti sono riconducibili a bisogni essenziali della persona che costituiscono condicio*

*sine qua non per la conduzione di un'esistenza libera e dignitosa. Nel complesso, i contributi che impreziosiscono il volume che qui si presenta costituiscono, ciascuno per la loro parte, tasselli di un'unica efficace composizione volta a ribadire la necessarietà dell'attuazione del principio personalista e l'esigenza dell'effettività dello Stato sociale, come fondamento per la piena attuazione del disegno costituzionale.*



## **Introduzione**

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un ciclo di Seminari su “Costituzione e Stato sociale”. – 2. La Scuola. – 3. Il terzo settore. – 4. Il fenomeno migratorio. – 5. Il sovraffollamento carcerario. – 6. Ultime riflessioni su Costituzione e Stato sociale.

### *1. Le ragioni di un ciclo di Seminari su “Costituzione e Stato sociale”*

Le pagine che seguono ospitano la versione scritta delle relazioni e delle comunicazioni avutesi in occasione del I ciclo di Seminari su “Costituzione e Stato sociale” organizzato nell’a.a. 2021/2022 dalle Cattedre di Diritto costituzionale e di Istituzioni di diritto pubblico dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze politiche e giuridiche dell’Università degli Studi di Messina. A tal proposito, ci è particolarmente gradito ringraziare maestri e colleghi che hanno incoraggiato e sostenuto l’iniziativa, anche partecipando attivamente ai Seminari che si sono tenuti.

I curatori sono lieti e onorati dei contributi ricevuti dalle Autrici e dagli Autori di questo Volume e sperano che esso possa contribuire a rinverdire il dibattito sul modello costituzionale di *welfare*, nella consapevolezza che quando si discute di *welfare* è “in gioco” l’effettività nella garanzia dei diritti fondamentali per tutti i componenti della comunità politica.

Il contesto contemporaneo, segnato da contrapposte tendenze – all’individualismo e all’assistenzialismo – rende tanto più pressante l’esigenza di una simile riflessione, che ci si augura possa anche favorire azioni concrete di impegno volte a meglio inverare il modello di Stato sociale voluto dai costituenti.

Inoltre, l’iniziativa si è inserita tra quelle promosse dal Gruppo di Lavoro RUS (Rete delle Università per lo Sviluppo Sostenibile) “Inclusione e Giustizia sociale”, proponendosi pertanto di offrire un contributo al raggiungimento di taluni degli obiettivi, di volta in volta indicati, dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

L’esperienza dell’a.a. 2021/2022 ha avuto, peraltro, un seguito nei due anni accademici successivi, coinvolgendo altri studiosi di varie università (non solo italiane), all’insegna di una indagine condotta con attenzione all’interdisciplinarietà e programmaticamente indirizzata, oltretutto al mondo universitario, alle scuole superiori, a professionisti e ad attivisti provenienti da svariate realtà associative. L’idea, infatti, è sempre stata quella di provare ad offrire un contributo alla riflessione scientifica e, al contempo, un servizio al territorio, in adempimento a quel fondamentale compito di “Terza missione” a cui è chiamata l’Accademia, quale «apertura verso il contesto socio-economico mediante la valorizzazione e il trasferimento delle conoscenze», che comprende «oltre alle attività di valorizzazione economica della ricerca, anche iniziative dal valore socio-culturale ed educativo»<sup>1</sup>.

Pertanto, la virtuosa combinazione tra approfondimento scientifico e divulgazione diventa, a nostro avviso, cruciale per fare crescere la consapevolezza su temi di primaria importanza e favorire, quindi, forme di cittadinanza “attiva”. L’idea, inoltre, di contribuire ad agevolare una interlocuzione

---

\* Antonio Ignazio Arena è ricercatore (TD B) in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Messina; Alberto Randazzo è professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell’Università degli Studi di Messina. Per quanto il lavoro sia frutto di una riflessione condivisa, ad Antonio Ignazio Arena sono da ricondurre i paragrafi 1, 3 e 5; ad Alberto Randazzo i paragrafi 2, 4 e 6.

<sup>1</sup> ... come si legge sul [sito](#) web dell’ANVUR.

fra “teorici” e “pratici” ci è parsa rispondere alla ineludibile esigenza di fare “rete” al servizio del bene comune.

Infine, si ringrazia il Professore Giovanni Moschella per la [Prefazione](#) al Volume e [Consulta Online](#) per la disponibilità offerta alla pubblicazione del libro.

L’idea di dar vita a un ciclo di Seminari su “Costituzione e Stato sociale” è nata dalla volontà di richiamare l’attenzione sull’importanza della garanzia dei diritti sociali, in un contesto nel quale essi sono messi alla prova dal diffondersi di ideologie (in particolare, quella liberista e quella assistenzialista) che – sia pur per differenti ragioni – rischiano di comprometterne – una volta tradotte in misure legislative, e normative in genere – l’effettività.

I temi dei singoli Seminari (cui peraltro si ricollega la partizione in paragrafi di questa breve introduzione), come accennato, sono stati definiti sulla base di una riflessione preliminare, di ordine generale, sul significato e sulle implicazioni della caratterizzazione “sociale” dello Stato.

In primo luogo, si è ritenuto che i diritti sociali non possano essere concepiti “isolatamente” rispetto agli altri diritti. Ciò in quanto la loro garanzia costituisce la premessa per il concreto godimento di tutte le libertà e di tutti i diritti, come del resto suggerito dalla lettera dell’art. 3, comma II, Cost. Di qui l’idea di richiamare l’attenzione, anzitutto, sul diritto all’istruzione, e in particolare sulla Scuola e sulla sua essenziale funzione nella formazione delle nuove generazioni.

Naturalmente, sulla scelta di questo argomento ha influito anche la drammatica esperienza della pandemia che così profondamente ha inciso, tra l’altro, proprio sulle dinamiche dell’insegnamento, oltretutto la volontà di contraddistinguere il ciclo di Seminari per la vocazione al coinvolgimento di studenti non solo universitari, ma anche degli istituti superiori (v. par. 2).

In secondo luogo, si è ritenuto di non concepire la garanzia dei diritti sociali da parte del potere pubblico indipendentemente dall’esigenza di un riconoscimento e di una promozione, da parte delle istituzioni, delle forme spontanee e “fraterne” di solidarietà. Questo ha condotto a incentrare il secondo Seminario sul “terzo settore” e sulle norme costituzionali che alle attività degli enti del terzo settore (ETS) offrono “copertura”. Anche in questo caso, alla scelta dell’oggetto dell’incontro si è accompagnata una riflessione sui “destinatari”, ritenendosi opportuno indirizzare i Seminari anche ai protagonisti del mondo delle associazioni e del lavoro (v. par. 3).

Inoltre, si è riconosciuta nella tutela dei diritti sociali un’aspirazione all’universalità, cioè a configurare anche questi diritti, sempre più, come diritti della persona umana, e sempre meno come diritti del (solo) cittadino. E questo ha portato a una riflessione, nella prospettiva costituzionalistica, sui diritti degli immigrati (v. par. 4).

Infine, si è rinvenuto nello studio dei diritti sociali un elemento importante per la comprensione anche della tutela delle minoranze, poiché le discriminazioni nei confronti di queste ultime possono passare (e in concreto, non di rado, passano) da una mancata o non piena tutela dei diritti sociali.

Questo è specialmente vero nel caso di quella particolare minoranza costituita dalle persone sottoposte a restrizioni di libertà. Il potere pubblico ha precisi doveri nei confronti dei detenuti, a partire da quello di salvaguardarne la salute (v. par. 5).

In sintesi, dunque, l’iniziativa promossa nell’anno accademico 2021-2022 ha voluto insistere sulla garanzia dei diritti sociali quale premessa per l’effettiva tutela di tutti i diritti. Tali diritti devono essere garantiti dalle istituzioni pubbliche, perché senza di ciò la persona sarebbe abbandonata alle feroci dinamiche del mercato; ma – come è emerso nel corso dei Seminari – l’effettività della loro tutela dipende anche dall’attività realizzata spontaneamente da privati e associazioni e non è conseguibile tramite politiche pubbliche assistenzialistiche.

I diritti sociali vanno garantiti a tutti, e nella misura massima possibile anche a chi non è cittadino, anche a chi sia parte di una minoranza, anche a chi si trovi soggetto a restrizioni di libertà.

## 2. La Scuola

La scelta di dedicare alla Scuola uno dei Seminari non è stata dovuta, soltanto, al fondamentale rilievo che tale formazione sociale ha sul piano individuale e collettivo, ma anche alla consapevolezza che, nonostante la sua importanza, il settore dell'istruzione nel suo complesso sia stato uno di quelli particolarmente sacrificati durante il periodo della crisi pandemica<sup>2</sup>. I dati illustrati dalla [Professoressa Anna Maria Poggi](#), e che si possono leggere nel contributo inserito in questo Volume, parlano chiaro. I moltissimi giorni di Scuola (in presenza) persi, l'aumentare della dispersione scolastica, i limiti che ha mostrato la DAD (pure fondamentale per cercare di dare un minimo di continuità ai percorsi scolastici, come in tanti hanno rilevato<sup>3</sup>) anche a motivo del *digital divide* (con conseguente crescita di disuguaglianze)<sup>4</sup>, restituiscono – in generale – un quadro problematico connotato da un vistoso *vulnus* sul piano dell'apprendimento che sarà difficilmente colmabile. In altre parole, i milioni di studenti che nel mondo hanno visto improvvisamente interrotto il proprio "tradizionale" cammino di studio, con molta probabilità, nonostante gli sforzi lodevoli degli insegnanti (almeno, della maggior parte di essi), non riusciranno a recuperare le competenze che avrebbero dovuto acquisire negli anni del Covid-19.

Tuttavia, pur nella consapevolezza delle gravi conseguenze e delle ricadute che la crisi sanitaria ha avuto (anche) sulla Scuola e, quindi, in particolare, su alunni e insegnanti (a quest'ultimo proposito, si tornerà a breve), quando è stato immaginato (e organizzato) il I Seminario del ciclo, si era dell'idea (ma lo si è anche ora) che la pandemia può avere impartito una lezione da cogliere, in generale, per la vita di ogni persona e, specificamente, per quanto qui interessa, per il miglioramento della Scuola italiana. Com'è ovvio, nessuno si sarebbe augurato di vivere questa drammatica esperienza e, chiaramente, ci si continua a stringere a chi ha maggiormente sofferto; al tempo stesso, si possono richiamare le parole di papa Francesco, che in più occasioni ha osservato che «peggio di questa crisi c'è solo il dramma di sprecarla»<sup>5</sup>.

Così, la [Professoressa Poggi](#) si è chiesta «cosa abbiamo imparato», alla luce di un tempo che «ci ha costretto a riflettere». Tra le altre cose, ha sottolineato la centralità che ha riacquisito il valore della solidarietà, sulla base del quale siamo chiamati ad abbandonare la logica dell'«io» per acquisire quella del «noi», anche all'interno dell'ambito scolastico.

Con particolare riferimento alla DAD, la studiosa ha sottolineato come essa «pareva aver scontentato tutti», sia chi – animato da entusiasmo – avrebbe voluto «spingersi oltre» (e, quindi, avrebbe immaginato un suo utilizzo più dirompente e innovativo) sia chi, al contrario, ha sempre sofferto a causa di tale modalità, considerando quest'ultima una «anomalia». In ogni caso, a prescindere da come sia stata vissuta questa novità sul piano dell'insegnamento e dell'apprendimento, [Poggi](#) è dell'idea che non sia «pensabile tornare indietro», essendo pertanto opportuno concentrarci sui benefici che la DAD ha avuto e, se perfezionata, potrebbe avere in futuro. Non mancano, come l'A. osserva, una serie di difetti che tale tipo di didattica ha presentato (e presenta) e, quindi, di problemi ad essa connessi, ma è necessario lavorare su essi per trasformarli

---

<sup>2</sup> In argomento, per tutti, v. G. LANEVE (cur.), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, Macerata 2020; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole: riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive delle tecnologie*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2020; M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione di fronte alle restrizioni per la pandemia da COVID-19. Molte ombre e qualche luce (da cui ripartire)*, in *le Regioni*, n. 4/2020, 781 ss.; R. GHIGI e M. PIRAS, *Se la pandemia fa scuola, disuguaglianze, partecipazione e inclusione dal banco allo schermo*, in *il Mulino*, n. 1/2021, 78 ss.; G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica, fra inclusione e solidarietà*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, 623 ss.; M. VELADIANO, *Oggi c'è scuola. Un pensiero per tornare, ricostruire, cambiare*, Milano, 2021; I. RIVERA, *La scuola è aperta a tutti. La tutela del diritto all'istruzione nella crisi pandemica da Covid-19*, in [federalismi.it](#), n. 14/2022, 84 ss.

<sup>3</sup> Tra gli altri, v. M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione*, cit., 789.

<sup>4</sup> Cfr. M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione*, cit., 790 s.

<sup>5</sup> Si veda, ad es., l'[Omelia](#) pronunciata durante la S. Messa nella solennità di Pentecoste, il 31 maggio 2020.

in nuove opportunità. Non c'è dubbio, come nota [Poggi](#), che, qualora la crisi sanitaria fosse accaduta solo poco tempo addietro, gli anni scolastici sarebbero stati irrimediabilmente persi. Non sono mancati, pertanto, diversi aspetti degni di attenzione, che potrebbero trasformare in meglio i processi di apprendimento e, in generale, formativi. Oggi, quindi, occorre imparare dall'esperienza, mettendo in luce tutte le falle che il sistema scolastico ha mostrato al fine di porvi riparo, ma al tempo stesso valorizzando le pratiche virtuose e i punti di forza che pure sono emersi nella Scuola italiana, affinché quella del futuro possa essere migliore. Non si tratta, solo, di essere pronti qualora, malauguratamente, l'umanità dovesse incappare in una nuova crisi sanitaria, ma soprattutto di mettere a regime un sistema scolastico maggiormente all'avanguardia, che attraverso modalità di didattica più innovativa e infrastrutture più adeguate – il che richiede, però, di invertire il *trend* dei “tagli” e della mancanza di investimenti che aveva connotato fino al momento della crisi sanitaria il settore dell'istruzione<sup>6</sup> – possa favorire la formazione di giovani che (anche) alla Scuola affidano la propria crescita, lo “svolgimento” della propria personalità (ex art. 2 Cost.) e la costruzione dell'identità personale<sup>7</sup>.

Inoltre, non c'è dubbio che la Scuola rappresenti uno dei più importanti banchi di prova per vagliare il funzionamento dello Stato sociale<sup>8</sup>, che deve dedicarsi non solo ad attività di assistenza ma anche di promozione, come rilevato da Poggi in un altro studio. Uno Stato sociale di questo tipo non è solo chiamato a garantire una istruzione adeguata, ma anche a pretenderla<sup>9</sup>.

A ciò si aggiunga che le “gambe” su cui si regge la democrazia possono considerarsi la cultura e la partecipazione; se si concorda con questa considerazione, appare chiaro il rilievo della Scuola<sup>10</sup>, “luogo” generatore di conoscenza che si acquisisce con l'apprendimento (l'una e l'altro riconducibili al concetto di cultura).

Ben si comprende, allora, come lo “stato di salute” della Scuola possa influenzare il presente e il futuro della società e quindi la convivenza civile; l'istruzione (e la cultura in genere), com'è stato rilevato in Assemblea costituente, è un “bene sociale”<sup>11</sup>. Ecco perché la Scuola, nello svolgere un servizio ai giovani, appare mezzo cruciale dell'attuazione della Costituzione (e di una serie di diritti in essa sanciti)<sup>12</sup> nonché dei valori che ne stanno alla base<sup>13</sup>. Al tempo stesso, però, è necessario che la Costituzione “entri” sempre di più (o, se si preferisce, un po' più di prima) nella Scuola, il che implica una opportuna formazione degli insegnanti al riguardo<sup>14</sup>. Quanto ora, seppure fuggacemente, detto consente di prendere in considerazione l'altra prospettiva dalla quale è necessario guardare la Scuola; essa, infatti, non può essere osservata solo dal punto di vista dei discenti (e del servizio offerto a questi ultimi), non potendosi (e non dovendosi) trascurare un diverso angolo visuale: quello degli insegnanti. Privilegiare solo una delle due “angolature” ora richiamate non consente di

---

<sup>6</sup> Sul punto, tra gli altri, cfr. M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione*, cit., 782, ma *passim*.

<sup>7</sup> Cfr. G. LANEVE, *I tanti significati del luogo Scuola*, cit., 15.

<sup>8</sup> In argomento, cfr. A.M. POGGI, *Per un diverso Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019.

<sup>9</sup> A.M. POGGI, *Per un diverso Stato sociale*, cit., 27 s.

<sup>10</sup> Per tutti, cfr. A.M. POGGI, F. ANGELINI e L. CONTE, *La scuola nella democrazia. La democrazia nella scuola*, Napoli, 2020; C. ACOCELLA, *La scuola nella Costituzione italiana: diritti, funzioni e servizi. Riflessioni a partire da un recente volume di Roberta Calvano*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2020, 453 ss.; G. LANEVE, *I tanti significati del luogo Scuola: uno sguardo costituzionale*, in G. Laneve (cur.), *La scuola nella pandemia*, cit., 15 s.; G. MATUCCI, *La scuola nell'emergenza pandemica*, cit., 623 ss.; F. ANGELINI, «Generazione di adulti» e «generazioni di giovani» fra famiglia e scuola. Valori, diritti e conflitti nel rapporto educativo, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2021, 4

<sup>11</sup> M. GUIA, seduta del 19 settembre 1946, in terza Sottocommissione (ma v. anche la *Relazione sulle Garanzie economico-sociali del diritto all'affermazione della personalità del cittadino*, in terza Sottocommissione).

<sup>12</sup> A.M. POGGI, *La Scuola*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6/2021, 2 ss.

<sup>13</sup> Cfr. G. LANEVE, *I tanti significati del luogo Scuola*, cit., 25 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *Federalismi.it*, n. 13/2014, 1 ss., spec. 17 ss.

discorrere in modo compiuto di Scuola, affrontarne (e risolverne) i problemi, valorizzarne le potenzialità ed avere piena contezza del suo rilievo costituzionale. Rimangono memorabili le parole pronunciate da Aldo Moro in Assemblea costituente, quando osservò che l'insegnamento fosse da considerare una «comunicazione specialissima, austera e responsabile, del pensiero, la quale corrisponde ad una vocazione tra le più alte che l'uomo possa avere nella vita sociale, di trasmettere cioè alle generazioni nuove il frutto della propria esperienza intellettuale e di aiutarle ad aprirsi coscienti alla vita».

In conclusione, non c'è dubbio che la pandemia abbia inciso profondamente sul modo di istruire e di istruirsi, ma si è fatto ciò che si è potuto e – come accennato – non tutto è andato (e deve andare) perduto; pertanto, muovendo dalla consapevolezza del valore costituzionale della Scuola, occorre riconoscere gli sforzi che le comunità scolastiche nelle loro varie componenti (dirigenti, insegnanti, personale, alunni) e le famiglie hanno posto in essere, ma è altresì necessario che l'alleanza tra le prime e le seconde – che appare in crisi – si rinsaldi sempre di più<sup>15</sup>. Dopo essere ripartiti occorre proseguire, sulla base dell'impegno profuso in tempo di pandemia, per costruire il futuro (anche di questo comparto cruciale per la vita del Paese). Non si sa, per richiamare Dacia Maraini, se «la scuola ci salverà»<sup>16</sup>, certo è che quest'ultima è chiamata a giocare un ruolo imprescindibile rimanendo fedele al “mandato” che le è stato consegnato dal Costituente, consentendo all'«uomo *in fieri* di diventare uomo nella pienezza della sua umanità»<sup>17</sup> pure in questo tempo complesso. Ciò, però, non può fare a meno di un ripensamento non solo del modo di “fare Scuola”, ma anche di “essere Scuola”.

A questi fini, appare sempre più urgente «un'opera di scavo e di educazione culturale, all'insegna dell'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta»<sup>18</sup>; a questo compito, com'è chiaro, è chiamata anche la Scuola.

### 3. Il terzo settore

Il modello di Stato sociale delineato dalla Carta costituzionale italiana ha nell'intervento pubblico un elemento imprescindibile. Secondo la lettura che sembra preferibile, infatti, l'art. 3, comma II, Cost. esige che siano anzitutto le pubbliche istituzioni a intervenire in ambito economico così da rimuovere gli ostacoli all'effettiva libertà ed eguaglianza, e cioè alla possibilità per tutti di prendere parte alle differenti “sfere” (culturale, economica, politica) entro le quali si articola la convivenza associata<sup>19</sup>.

Al tempo stesso, però, la Costituzione italiana inserisce la doverosità dell'intervento pubblico in ambito economico entro la cornice più generale di rapporti tra autorità e società improntanti ai valori del liberalismo e della democrazia<sup>20</sup>. Ciò significa che l'intervento del potere pubblico è da

---

<sup>15</sup> Cfr. M. TROISI, *Il Sistema Nazionale d'Istruzione*, cit., 787 s.

<sup>16</sup> D. MARAINI, *La scuola ci salverà*, Milano, 2021.

<sup>17</sup> A. MORO, *Relazione su I principi dei rapporti sociali (culturali)*, in prima Sottocommissione.

<sup>18</sup> A. RUGGERI, [La rielezione di Mattarella al Quirinale, ovvero il crepuscolo della politica e della Repubblica](#), in [Consulta OnLine](#), Editoriale, 31 gennaio 2022.

<sup>19</sup> Per tutti, v. A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 17 ss.

<sup>20</sup> Questo implica una responsabilità per i decisori pubblici la quale, peraltro, va intesa non avendo riguardo semplicemente a un orizzonte di breve periodo, ma tenendo in considerazione il fatto che le scelte di politica economica «sono destinate ad incidere nella dimensione diacronica sulle forme e le misure concrete del godimento dei diritti fondamentali delle generazioni future»: v. A. SAIITA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, n. 1/2019, 224.

intendersi secondo la logica sottesa al principio di sussidiarietà<sup>21</sup>. Ciò emerge ancora dalla lettura dell'art. 3, comma II, Cost., in quanto il compito assegnato alla Repubblica non è privo di una precisa caratterizzazione teleologica. È solo in quanto sia indispensabile per il raggiungimento dei fini previsti dal comma in parola che è compito della Repubblica intervenire per "rimuovere". Ad essere rimossi devono essere infatti (solo) gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano libertà ed eguaglianza e impediscono l'effettiva partecipazione alle dinamiche culturali, economiche e politiche della vita in comunità.

L'intervento delle istituzioni, in altre parole, è necessario nella misura in cui la società non sia in grado di provvedere autonomamente ai propri bisogni. In assenza di un intervento pubblico, che conduca a offrire servizi pubblici gratuiti per l'utente o al di sotto del prezzo di mercato, ad esempio, non tutti potrebbero studiare, curarsi, provvedere alle proprie necessità in caso di inabilità al lavoro, o ancora in caso di perdita del posto di lavoro, infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia. Fintantoché, però, ciascuna persona è in grado di provvedere autonomamente, le istituzioni pubbliche non devono intervenire.

Al tempo stesso, la Costituzione non solo non esclude, ma promuove e favorisce l'iniziativa di privati, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. Già nella prima parte della Costituzione – si pensi al riferimento alle scuole private o all'assistenza e previdenza privata – la possibile e auspicata caratterizzazione mista del sistema di *welfare* appare con chiarezza. Dopo la riforma del Titolo V, in tal senso milita quanto all'art. 118, u.c., Cost. L'esigenza di sinergia tra pubblico e privato nella tutela dei diritti sociali è quindi un altro elemento caratterizzante il modello di Stato sociale delineato in Costituzione. Dopotutto, ciascuna persona umana è – secondo la lettera dell'art. 2 Cost. – non solo titolare di inviolabili diritti, ma anche di inderogabili doveri. Se alcuni di questi possono tradursi in imposizioni da parte dell'autorità pubblica, altri sono rimessi alla spontaneità dell'attività di ciascuno. Come efficacemente si è scritto, accanto alla solidarietà pubblica la Carta repubblicana protegge e incoraggia la solidarietà fraterna, spontanea, non coercitivamente imposta<sup>22</sup>.

D'altronde, come osservato dal [Professore Emanuele Rossi](#) in questo Volume, «la connessione tra riconoscimento dei diritti sociali e valorizzazione del pluralismo sociale discende dalla constatazione, presente già in Assemblea costituente, della natura aggregativa della persona in formazioni sociali ed alla sua connessa dimensione solidaristica».

Il terzo settore si configura oggi come il principale motore della solidarietà fraterna o spontanea in Italia. Esso presenta numerosi motivi di interesse, per la vivacità e creatività delle iniziative che lo caratterizzano e per il fatto che in qualche modo esse appaiono in controtendenza rispetto a un contesto segnato da una profonda crisi dei corpi intermedi. Non è possibile in questa sede entrare nei dettagli della disciplina prevista per il terzo settore. L'introduzione di una distinzione tra enti del terzo settore registrati e non registrati ha portato con sé molte novità e anche una buona dose di incertezze tra gli operatori e gli interpreti<sup>23</sup>. Ad ogni modo, è possibile qui brevemente richiamare l'attenzione sull'esigenza che questa normativa si presenti sempre e autenticamente in linea con l'autonomia del terzo settore, la quale – sulla base di una giurisprudenza costituzionale mostratasi particolarmente sensibile – appare protetta dalla Carta fondamentale. Il modello liberaldemocratico si basa sul riconoscimento dell'autonomia e sulla promozione delle attività del terzo settore. Implica cioè che vi sia un equilibrio tra la tutela degli spazi di auto-organizzazione e auto-determinazione

---

<sup>21</sup> L. D'ANDREA, *Democrazia e potere economico: la "forma" del primato costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2018, 1005 ss.

<sup>22</sup> S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, n. 1/1996, 10 s.

<sup>23</sup> P. CONSORTI, L. GORI e E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, *passim*.

degli enti del terzo settore, da una parte, e gli indispensabili controlli legati all'impegno delle pubbliche istituzioni nella promozione di questi enti, dall'altra<sup>24</sup>.

Il rapporto tra lo Stato e il terzo settore è oggi da considerare come uno dei fattori da impiegare nella classificazione della forma di Stato delineata in Costituzione. Infatti, il mantenimento dell'equilibrio al quale si è appena fatto riferimento viene meno quando entro un dato contesto vengono sposati a livello normativo approcci rispondenti a modelli differenti di relazione tra istituzioni e società.

#### 4. Il fenomeno migratorio

Come detto, il fenomeno migratorio è stato oggetto di riflessione durante il terzo Seminario, nel quale il [Professore Gianluca Famiglietti](#) si è soffermato su «i diritti dei migranti nella Costituzione italiana», dalla cui tutela passa la edificazione di «una società giusta e inclusiva»<sup>25</sup>.

Come ha rilevato lo studioso, è triste dovere rilevare come negli anni si sia affermata sempre di più una subcultura del “nemico” (appositamente costruito)<sup>26</sup>, da identificare in coloro che appaiono “diversi” o “estranei”, ossia «devianti dallo *standard* ideale, portatori di un disordine sociale, dunque “indesiderabili”», come afferma [Famiglietti](#) nel contributo inserito in questo Volume. Da questa distorta visione, anche supportata (o, comunque, non ostacolata) sul piano normativo nel quale «le politiche penali hanno in parte sostituito le politiche sociali», come si sa, sono stati guardati anche i migranti forzati, coloro che sono costretti a lasciare le proprie terre in cerca di qualche speranza di vita.

Pertanto, frutto di una deriva culturale e di allontanamento dai valori iscritti nella Carta, il pericoloso atteggiamento di intolleranza che serpeggia all'interno di una parte della società italiana e non celata da una parte della classe politica richiede un'attenta e lucida analisi del trattamento che in questi anni è stato riservato ai migranti e del modo di considerare questi ultimi<sup>27</sup>. Alla radice, vi è il tema (mal posto) della sicurezza che, trattato ad arte, alimenta paure, proprio quelle che, dopo essere state indotte, qualche *leader* politico si propone di fugare, fungendosi quale “paladino” del popolo, “capitano coraggioso”: «*uomo forte* che rivendica *pieni poteri*», per usare le parole di [Famiglietti](#). Tutto ciò, come si sa, induce ad una percezione del fenomeno migratorio assai diversa dalla realtà; non a caso, nella società (almeno quella meno informata), nel tempo, si è diffusa l'idea che siamo dinanzi ad una “invasione” di persone che approdano sulle nostre coste, il che non era (e non è) affatto rispondente ai dati effettivi degli sbarchi<sup>28</sup>. Si assiste, piuttosto, come nota [Famiglietti](#), ad una «evasione» di nostri concittadini che lasciano il Paese. Tuttavia, come si diceva, la mancanza di conoscenza diffusa tra una parte dei cittadini ha consentito alla retorica anti-migranti di affermarsi, sulla spinta di sovranismi e populismi, per un verso, e, come rilevato anche da [Famiglietti](#), di forze postnaziste e postfasciste, per altro verso. Non si trascuri, a quest'ultimo riguardo, che è tipico del fascismo «l'aizzamento, e conseguente mobilitazione, contro un ‘nemico’ su cui convogliare una ostilità di massa (xenofobia, a suo tempo antisemitismo, allarme per una sbandierata ‘invasione’ da ‘fuori’: dal ‘pericolo giallo’ ai migranti del tempo nostro)»<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> Sul tema della doverosa promozione delle attività degli enti del terzo settore v. part. L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, 175 ss.

<sup>25</sup> Su questo tema sono stati anche gli interventi delle dottoresse [Girasella](#) e [Salvo](#) contenuti in questo Volume.

<sup>26</sup> U. Eco, *Costruire il nemico*, Milano, 2020.

<sup>27</sup> In argomento, v. U. Eco, *Migrazioni e intolleranza*, Milano, 2019.

<sup>28</sup> Si è anche dimostrato che il nostro Paese non è stato quello che ha accolto di più se si considera il rapporto tra i cittadini e i migranti.

<sup>29</sup> L. CANFORA, *Fermare l'odio*, Roma-Bari, 2019, 32.

Come si può comprendere e come si accennava poco sopra, il tema delle migrazioni appare di primaria importanza non solo perché è di particolare attualità, ma anche perché nel trattamento che lo Stato italiano riserva ai non cittadini in fuga dalla propria terra si misura l'attuazione del principio personalista e, in generale, dell'intera Costituzione, che ha nella persona il fulcro sul quale si regge tutta la sua impalcatura. Sembra chiaro che, secondo quanto si legge nell'art. 2 Cost., i diritti inviolabili che la Repubblica si impegna a riconoscere e a garantire all'uomo in quanto tale (senza distinzioni) e i doveri di solidarietà il cui adempimento ci viene richiesto nei confronti (e a beneficio) di tutti rimarrebbero in parte sacrificati se non si considerassero i migranti titolari di quei diritti e destinatari della solidarietà che è ad oggetto di quei doveri<sup>30</sup>. A ciò si aggiunga che il principio di pari dignità sociale e di eguaglianza davanti alla legge (e il connesso divieto di discriminazioni), com'è noto, è da riconoscere anche agli stranieri «quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali» (Corte cost. [n. 120 del 1967](#)).

Si precisa da subito che quanto si sta ora dicendo non esclude che un fenomeno globale come quello migratorio debba essere affrontato in modo globale, solidalmente con gli altri Stati europei, che quindi non è accettabile che “si voltino dall'altra parte”. Tuttavia, pare sia il caso di distinguere tra la fase del salvataggio di vite in mare che è sempre doveroso (ed è il primo segno di accoglienza e, in generale, di civiltà) e l'effettiva “collocazione”, in condizioni dignitose, di coloro che sono stati soccorsi sul territorio. Si tratta, com'è ovvio, di due momenti diversi, per il secondo dei quali (proprio per salvaguardare la dignità, oltre che la salute, dei migranti e favorirne l'integrazione sociale) è necessario che responsabilmente si lascino coinvolgere anche gli altri Paesi europei.

Non si trascuri, poi, che la Corte costituzionale ha riconosciuto la libertà di emigrare, quale «valore fondamentale, realizzativo della personalità umana» (v. sent. [n. 269 del 1986](#)). Sebbene sia chiaro che la Consulta si riferisse alla possibilità, riconosciuta ai cittadini italiani, di lasciare il territorio dello Stato italiano (e di potervi rientrare), sembra quanto meno contraddittorio che quest'ultimo non dia “dignità” (o non dia seguito) alla libertà di emigrare degli stranieri. D'altra parte, anche la libertà di emigrare rientra tra quelle libertà democratiche di cui discorre l'art. 10, III comma, il cui mancato «effettivo esercizio», da parte degli stranieri, nel Paese di provenienza consente il riconoscimento del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano.

Come si sa, spetta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato disciplinare l'immigrazione e quindi l'ingresso e il soggiorno degli immigrati sul nostro territorio<sup>31</sup>; com'è chiaro, però, le previsioni costituzionali che non sono annoverabili tra i principi fondamentali non possono che essere volte ad attuare questi ultimi, non potendosi discostarsene o tradirne lo “spirito”.

Le previsioni costituzionali richiamate sono, chiaramente, da integrare con le fonti sovra- e internazionali in materia, anche in forza del rinvio operato dall'art. 10, II comma, Cost., sulla base del quale – come si sa – «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Non essendo possibile dilungarsi sul punto, sembra sufficiente ricordare il divieto di respingimento, sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra «sullo statuto dei rifugiati» e l'obbligo di prestare soccorso in mare, previsto dall'art. 98 della Convenzione di Montego Bay «sul diritto del mare» (si vedano anche le convenzioni SAR e SOLAS).

---

<sup>30</sup> Non si dimentichi che l'art. 2, I comma, del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) afferma che «allo straniero *comunque* presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (c.vo agg.).

In dottrina, v., per tutti, A. RUGGERI, [I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza](#), in [Consulta OnLine, 2017/II](#), 364 ss.; C. SICCARDI, [I diritti costituzionali dei migranti in viaggio](#), Napoli, 2021.

<sup>31</sup> Invero, in questa sede, non si è fatta la distinzione, pure condivisa, tra immigrati e migranti proposta da A. RUGGERI, [I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti](#), cit., 370.

A dispetto di uno sfondo costituzionale e diritto esterno di questo tipo, come si accennava poco sopra e come ha osservato [Famiglietti](#), da molti anni, la legislazione ha dato luogo ad una sorta di «inaridimento dei canali d'ingresso legali», rendendo questi ultimi sempre più complessi, con tutta una serie di conseguenze che l'A. non manca di richiamare.

Alla luce di quanto accennato, si è dell'idea che il fenomeno migratorio, oltre ad interpellare le coscienze, stia costituendo (anch'esso) un banco di prova importante per vagliare l'effettività della Carta e la vitalità dello Stato sociale; da qui, deriva la necessità di non smettere di rivolgere ad esso congrua attenzione.

Come ancora osserva [Famiglietti](#), solo la giurisprudenza costituzionale è riuscita, anche in tempi recenti, e pronunciandosi pure sulla legislazione regionale, a «riorientare l'ordinamento verso la "bussola costituzionale"»; l'auspicio, però, è che il legislatore e, in generale, la classe politica mutino approccio nei confronti del fenomeno migratorio, «ineludibile» (come ha detto l'A.) e inarrestabile, in modo da superare la retorica del nemico e gestirlo in armonia con lo spirito della Carta. Quest'ultimo appare agli antipodi dell'odio e della rabbia che qualcuno prova (e qualcuno fomenta) nei riguardi dei migranti (e non solo) e che testimoniano, in definitiva, la presenza di razzismo, che «incombe oggi sul nostro Paese» nella sua forma di «pulsione ostile, aggressiva nei confronti di chi è percepito come diverso»<sup>32</sup>.

È certo, infatti, che, volendo ricorrere alle immagini usate anche da [Famiglietti](#), solo i "ponti" e non i "muri" (fisici o ideologici che siano)<sup>33</sup> possono rientrare nella "logica costituzionale", che è accogliente e solidarista perché è personalista. Se e quando si esce da questo "solco" si finisce per essere «stranieri alla nostra Costituzione»<sup>34</sup>.

## 5. Il sovraffollamento carcerario

La caratterizzazione sociale dello Stato è preordinata alla tutela della dignità della persona umana. I diritti sociali, come si è visto, sono diritti fondamentali e quindi rispondono a bisogni essenziali della persona; bisogni senza la cui soddisfazione l'essere umano non può condurre un'esistenza libera e dignitosa<sup>35</sup>.

La dignità umana, dunque, come efficacemente si è osservato, non si acquista per meriti e non si perde per demeriti<sup>36</sup>. Pertanto, la dignità della persona umana deve essere sempre riconosciuta e garantita in una liberaldemocrazia.

Ciò vale anche per gli istituti di pena e per la condizione delle persone sottoposte a restrizioni di libertà. Infatti, come ha scritto il [Professore Antonio Ruggeri](#) in questo Volume, «la dignità non è "misurabile", non può essere goduta in maggiore o minore misura a seconda delle persone o delle circostanze: la si ha ovvero non la si ha, puramente e semplicemente; e *deve* sempre aversi proprio perché indisponibile».

---

<sup>32</sup> L. CIOTTI, *Lettera a un razzista del terzo millennio*, Torino, 2019, 15.

<sup>33</sup> E. BIANCHI, G. RAVASI e N. GALANTINO, *"Non muri ma ponti". Per una cultura dell'incontro e del dialogo*, Cinisello Balsamo, 2018.

<sup>34</sup> A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 394.

<sup>35</sup> A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in [Consulta OnLine](#), 2016/II, 263 ss.

<sup>36</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Intervento del Presidente della Corte costituzionale Gaetano Silvestri al Convegno "Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU", Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014, disponibile sul [sito](#) web della Corte costituzionale

In particolare, il diritto alla salute appartiene all'insieme dei diritti che non possono subire compressioni per il fatto di essere soggetti a restrizioni di libertà. Questo emerge espressamente dalla lettura dell'art. 13, comma IV, Cost., in combinato con gli artt. 27 e 32 Cost. L'art. 13 Cost. prevede – ed è un *unicum* nella Carta – un obbligo di penalizzazione. Ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà deve, per Costituzione, essere punita. Naturalmente ciò si lega al fatto che il diritto alla salute è un diritto fondamentale (art. 32 Cost.) e alla finalità costituzionalmente ascritta alla pena che deve tendere alla rieducazione del condannato e in nessun caso può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 Cost.).

La specifica questione del sovraffollamento carcerario (ma si pensi anche al caso in cui analogo problema si presenti nelle REMS) è dunque da ricondurre, almeno anche, al tema dello Stato sociale in quanto quest'ultimo assume tra i suoi fondamentali compiti quello di una garanzia del diritto alla salute che, per così dire, non si può arrestare fuori dagli istituti di detenzione o dagli altri luoghi nei quali, ad ogni modo, vivono persone soggette a restrizioni di libertà<sup>37</sup>. Il sovraffollamento può compromettere il godimento dei diritti dei detenuti proprio perché condizioni di detenzione non adeguate mettono a rischio le condizioni di salute dei detenuti e finiscono per rendere non effettivi tutti gli altri diritti. Come è stato rilevato dalla [Professoressa Anna Lorenzetti](#) e dal [Dottor Francesco Picozzi](#), nel contributo offerto a questo Volume, è «l'intero fascio dei diritti e delle libertà costituzionali a essere interessato dal sovraffollamento, posta la frizione con la Carta costituzionale che può generare un'espiazione in condizioni di sovrappopolazione».

Un sistema istituzionale giusto richiede pene proporzionali alla gravità dei fatti per i quali sono comminate. La pena, però, differisce dal reato, non solo in quanto è prevista dalla legge, ma proprio in quanto – pur determinando, nei casi più gravi, restrizioni di libertà – non comporta una violazione della libertà, non è (non deve essere) cioè un provvedimento arbitrario né violento.

Quando l'esecuzione della pena diventa violazione dei diritti fondamentali, e del diritto alla salute in particolare, non è solo la persona che ne soffre le conseguenze a subire ingiustizia, ma è il sistema istituzionale a non poter più essere considerato giusto. Non è casuale che l'attenzione per i diritti dei detenuti, storicamente, si sia affermata in modo contestuale all'affermazione dei diritti sociali in ambito liberaldemocratico. La fuoriuscita della salute dalla sfera degli interessi del solo privato, e la sua elevazione a interesse della collettività in senso non funzionalistico, ma strettamente connesso al riconoscimento della dignità di ciascuna persona umana<sup>38</sup>, è alla base dell'esigenza di una piena realizzazione di un sistema nel quale le pene non consistano in nessun caso in trattamenti contrari al senso di umanità.

È tipica, invece, di ordinamenti autoritari la convivenza della preoccupazione delle istituzioni pubbliche per i bisogni dei cittadini con modalità di detenzione e repressione dei crimini arbitrarie e/o violente e non rispettose della dignità della persona. Ciò proprio in quanto diversa è la ragione sottesa all'affermazione di un sistema di protezione sociale a carico della pubblica autorità. In una autocrazia, sono motivazioni di tipo collettivistico e paternalistico a spingere – unitamente all'esigenza di ricercare il consenso diffuso – a interventi del pubblico potere. Il consenso dei detenuti non serve e non essendoci alla base delle prestazioni offerte dalla autorità pubblica l'idea del carattere inviolabile della dignità della persona, lo Stato sociale può anche arrestarsi sulla soglia d'ingresso degli istituti di detenzione. Tutto questo, in una liberaldemocrazia, è inaccettabile e lo è precisamente per l'intima connessione tra la caratterizzazione sociale dello Stato e la connotazione personalista dell'ordinamento complessivamente riguardato.

---

<sup>37</sup> Si v. A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, *passim*.

<sup>38</sup> Cfr. G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. n. 1/2016, 14 s.

## 6. Ultime riflessioni su Costituzione e Stato sociale

Come si può notare e come si è avuto modo di evidenziare, i temi trattati durante gli incontri, ognuno per aspetti diversi, appaiono ad un tempo latori di questioni problematiche e particolarmente rilevanti per il presente e per il futuro dello Stato sociale, che sembra attraversare una crisi che solo uno sforzo collettivo – di pubblici poteri e di soggetti privati (in forma individuale e associata) – potrà contrastare. Tale sforzo, però, risulterà vano senza taluni (imprescindibili) presupposti. Dalla risoluzione delle criticità che si accompagnano sia ai temi trattati (e che gli Autori che hanno partecipato a questo Volume hanno messo in risalto) che ai molti altri che si potrebbero indagare dipende l'innalzamento di quella condizione di benessere che, come si sa, questa forma di Stato è chiamata a garantire ai consociati e che si traduce in una adeguata tutela dei diritti fondamentali (sociali e non). Quest'ultima, misura e punto di osservazione privilegiato per riconoscere la tenuta dello Stato sociale, non potrà mai essere accettabile se al «diritto di avere diritti»<sup>39</sup>, sempre più avvertito, non si accompagni un altrettanto sentito «dovere di avere doveri»<sup>40</sup>, ad iniziare da quelli «inderogabili di solidarietà» (ex art. 2 Cost.). Ciò potrà avvenire, però, solo se ci si sente «parte di un tutto» (come disse Calamandrei agli studenti milanesi nel 1955) e cresce, quindi, il senso di appartenenza ad una comunità più ampia rispetto alla ristretta cerchia di familiari e amici, il che implica il “sentire gli altri dentro sé”<sup>41</sup>, per usare le parole di G. Gaber. In definitiva, lo Stato sociale potrà rimanere fedele alla propria funzione e salvare la propria identità solo se si diffonderà sempre di più una «coscienza del noi»<sup>42</sup> che è «l'opposto della dicotomia amico-nemico»<sup>43</sup>, quale antidoto al diffuso individualismo, un virus che mina alle fondamenta la forma di Stato voluta dai *framers*. Sembra che questa sia una strada da percorrere urgentemente per porre un freno allo «smantellamento dello Stato sociale» che «coincid[e] in sostanza con una vera e propria eversione costituzionale»<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

<sup>40</sup> L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino 2014.

<sup>41</sup> G. GABER, *La canzone dell'appartenenza*, 1996.

<sup>42</sup> A. CIERVO, *Gli assenti e i lontani. Omogeneità sociale, “coscienza del noi” e crisi della democrazia politica*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 3/2021, 37 ss. Cfr., pure, A. SAIITTA, [Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.](#), in [Consulta OnLine](#), 2014, 14.11.2014, ss.

<sup>43</sup> A. CIERVO, *Gli assenti e i lontani*, cit., 50.

<sup>44</sup> P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, n. 4/2017, 696.



**GIANLUCA FAMIGLIETTI\***  
**Per una società giusta e inclusiva.**  
***I diritti dei migranti nella costituzione italiana***

SOMMARIO: 1. Premessa. *Il nemico alle porte*. – 2. L'inquadramento della questione migratoria oggi. *Volevamo braccia...* – 3. Che cosa fa "la politica"? ... *sono arrivati esseri umani*. – 4. Dalla residenza ai doveri costituzionali. *Il diritto di avere doveri*. – 5. Per una società giusta ed inclusiva *non basta essere invitati a una festa; è necessario essere invitati a ballare*.

**ABSTRACT: This contribution addresses the 'migration issue' within the 'demographic issue'. The gap between short-sighted migration policy choices and the real needs of a country destined for demographic winter and economic decline thus emerges strongly.**

1. *Premessa*. Il nemico alle porte

È sotto gli occhi di tutti come, negli ultimi quindici anni almeno, la marginalità sociale abbia subito un'irresistibile attrazione sotto la semplificatrice (anzitutto perché elettoralmente appagante) lentezza della sicurezza; la forza propulsiva di questo inesorabile magnetismo è stata senza alcun dubbio esercitata dal fenomeno migratorio, in grado di "tirarsi dietro" tanti altri "diversi", trasformati in *nemici* da scelte normative tendenti ad ampliare gli orizzonti della politica criminale.

Un filo rosso che pare aver legato molta della storia normativa degli ultimi tre lustri è rintracciabile nell'individuazione di specifiche classi di "soggetti pericolosi" per la società e per la sicurezza pubblica: stranieri (e con essi le ONG con la loro azione di riscatto dalle acque del Mediterraneo di tanti *salvati* che altrimenti rischierebbero di esserne letteralmente *sommersi*), manifestanti facinorosi, pregiudicati, rom, vagabondi e mendicanti, parcheggiatori abusivi, individui senza tetto. Si tratta di categorie, appunto, di *diversi*, devianti dallo *standard* ideale, portatori di un disordine sociale, dunque "indesiderabili" (anzitutto – è parso – per il legislatore), la cui marginalità sociale viene gestita come questione di ordine pubblico e sicurezza; tra questi sicuramente quelli più "pericolosi" (sempre secondo il legislatore) sono gli stranieri, e per questi le norme hanno approntato negli anni crescenti restringimenti rispetto alle possibilità di ingresso legale e alla permanenza nel territorio italiano, a fronte di previsioni sempre nuove tendenti ad accelerare – solo sulla carta però – le procedure di allontanamento. Lo straniero diventa perciò soggetto indesiderato per eccellenza e strumenti privilegiati per ristabilire l'ordine risultano essere l'allontanamento e la criminalizzazione<sup>1</sup>; riceve così altra linfa la ormai lungamente indagata visione del *diritto penale del nemico*, un diritto penale cioè fondato sull'atteggiamento interno dell'autore, per cui non il fatto, ma le caratteristiche proprie dell'agente assurgono ad elemento decisivo per basare l'appartenenza al «gruppo dei nemici»<sup>2</sup>.

È in un simile contesto politico-culturale che si è sovente assistito poi ad un singolare (ma assai vantaggioso) rovesciamento del paradigma del *welfare*, nel quale le politiche penali hanno in parte sostituito le politiche sociali, all'insegna dello slogan della "tolleranza zero".

La difficile opera di bilanciamento tra la tutela dei diritti rivendicati *da chi arriva* e la protezione di interessi collettivi da parte *di chi accoglie* è stata pressoché interamente fagocitata in un discorso

---

\* Professore associato di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa.

<sup>1</sup> Così F. UGOLINI, *Convergenza tra politiche di immigrazione e diritto penale. Alcuni aspetti problematici*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 3/2019.

<sup>2</sup> In tema, per tutti, v. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014.

pubblico sul quale – nel nostro Paese ma non soltanto – ha soffiato indisturbata la retorica etnonazionalista, che ha con forza reclamato la netta distinzione di *status* tra cittadino e straniero.

Il dibattito pubblico che negli ultimi anni ha mortificato i temi dell'immigrazione fino a ridurli ad una “battaglia navale” condotta a colpi di *tweet* ha crudeli e ben precise radici politiche; quello scellerato dibattito è stato il “frutto avvelenato” di una precisa “azione mimetica” condotta sulla base di patologiche prospettive che hanno politicamente contaminato un movimento autonomistico, nato sul finire degli anni Ottanta del secolo scorso e privo di ancoraggio ideologico: dopo la stagione dell'autonomia lombarda, dopo il federalismo, dopo l'idea dell'Italia delle tre macroregioni, che poi diviene indipendentismo ed infine secessionismo, quel movimento, che non aveva più nulla da raccontare ai propri sostenitori, finisce per abbracciare la battaglia tanto cara ai movimenti postnazisti, quella contro l'immigrazione. Il principale rischio che corrono i sistemi democratici contemporanei infatti non è tanto (e non è solo) rappresentato dall'*onda* neofascista e neonazista (ci si riferisce così a movimenti che tendono a riprodurre prevalentemente la *forma* del passato, ricorrendo ad armamentari che *palesamente* richiamano un passato sconfitto dalla Storia), ma dalla *marea* postfascista e postnazista (ci si riferisce a quei movimenti che invece mirano in maniera più *strisciante* di quel passato a riproporre l'*essenza*); questi hanno agito negli ultimi anni “sotto traccia” e spesso – come accaduto in Italia – “sotto mentite spoglie”.

Se la narrazione tradizionale nazifascista attribuiva il disegno della “sostituzione di popolo” agli Ebrei, la moderna politica xenofoba attribuisce il tentativo di *genocidio* (così lo ha definito il Segretario di quel movimento nostrano, richiamandosi alla tristemente nota teoria del *Grand replacement*) al complotto ordito dalla finanza internazionale tramite l'immigrazione; il tutto però sempre negando fermamente ogni legame con fascismo e nazismo. Altro punto distintivo del credo postnazista è infatti il superamento della dicotomia fascismo/antifascismo.

Un pensiero a tratti di certo “sgangherato” e tortuoso (dalla retorica antimeridionalistica a quella contro gli immigrati), ma che ha consentito l'occupazione di uno spazio politico importante; un percorso pericolosissimo di infiltrazione che si è cibato di movimenti senza ideologia e di *leaders* opportunisti e spregiudicati, e che ha rischiato di convincere un popolo della necessità di ripudiare la democrazia liberale in favore dell'*uomo forte* che rivendica *pieni poteri*.

L'attrazione del fenomeno migratorio sotto il semplificativo (ed in quanto tale assai accogliente) ombrello della sicurezza fa poi dello *straniero migrante* non solo un “semplice” soggetto indesiderato, finendo per convertirlo anche nel “capro espiatorio ideale” da sacrificare sull'altare di una *politica* che non è più in grado di trovare soluzioni convincenti alle ormai ataviche deficienze del Paese; anzi, con tutta probabilità vi ha addirittura rinunciato, riscontrando come sia elettoralmente più remunerativa una strategia politica che fa di una questione marginale il cuore del discorso politico, additando un gruppo minoritario come problema centrale, attribuendo ad esso le difficoltà economiche e le crescenti diseguaglianze<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Riferimento obbligato è qui quello a Z. BAUMAN, *Stranieri alle porte*, Roma-Bari, 2016, in cui l'A. ragiona della *paura cosmica*, quell'ansia disordinata che ci assale di fronte ad un universo incognito e minaccioso. L'*altro* che con noi condivide un'umanità di base ma che al contempo si distingue per cultura, religione e colore della pelle diventa incarnazione di questa minaccia al nostro universo instabile, reso tale dall'individualismo e dalla priorità della prestazione sociale. Per “individualismo” Bauman intende la situazione secondo cui è il singolo da solo a dover farsi carico dei problemi che invece hanno un'origine esterna; la “priorità della prestazione” ricade anch'essa sull'individuo, portando ad una precarizzazione dei valori che prima servivano ad unire e perdendo quel minimo valoriale comune come quello geografico-antropologico dello Stato-nazione e della patria-cultura. Ecco che lo straniero diviene facilmente identificato come capro espiatorio su cui far ricadere la colpa dell'insoddisfazione alla quale altrimenti non si riuscirebbe a far fronte. Questo straniero è a portata di mano, perché in una situazione di debolezza. I cittadini europei, esclusi nel loro continente da una possibilità di salvezza in un sistema produttivo spietato, riescono perciò a godere nella scoperta di un ulteriore livello di disperazione incarnato dallo straniero. Una tesi questa che aiuta anche a comprendere il crescente consenso verso “nazionalismi” e “sovranismi” e verso partiti xenofobi e razzisti specie tra le classi più

Una vera e propria «ingegneria del consenso»<sup>4</sup>, una martellante propaganda contro lo *straniero migrante*, un ingigantimento mediatico dei relativi problemi creati dall’immigrazione stanno incredibilmente riuscendo a persuadere interi strati della popolazione, che la colpa delle difficoltà del Paese sia degli immigrati. Ed è facendo lavorare a pieno ritmo quella che Nello Rossi definisce «l’agenzia del risentimento; del vittimismo; del dissidio civile», che il populismo di destra si propone di rilanciare la rappresentazione ideologica dei problemi reali connessi all’immigrazione<sup>5</sup>.

## 2. L’inquadramento della questione migratoria oggi. *Volevamo braccia...*

Il rischio che si corre è quello di trascinare anche la riflessione giuridica – e scientifica in generale – nel flusso di (in)coscienza di una narrazione politico-mediatica ormai incline a raccontare un fenomeno epocale, globale ed irreversibile esclusivamente come un problema di sicurezza e ordine pubblico.

Qualunque riflessione sui temi dell’immigrazione – e quella giuridica non sfugge a questa idea – se non supportata da dati ufficiali, rischia di circoscriversi all’autoreferenzialità (di chi la conduce) o di esporsi all’accusa di essere ideologizzata (da parte di chi la contesta).

T trattare la questione migratoria *in sé* può dunque costituire l’anticamera per poi polarizzare le posizioni in favorevoli o contrari agli arrivi, in disponibili o indisponibili all’accoglienza, in fautori della “politica dei muri” o in sostenitori della “visione dei ponti”, e così via.

Un approccio corretto (uno tra i possibili, certo) pare perciò quello di calare la “questione migratoria” all’interno della “questione demografica”.

Secondo il report dell’ISTAT *Dinamica demografica. Anno 2021* al 31 dicembre dell’anno considerato la popolazione residente (quasi 59 milioni) è risultata inferiore di circa 253mila unità rispetto all’inizio dell’anno (lo 0,4% in meno); nei due anni di pandemia il calo di popolazione è stato di quasi 616mila unità soprattutto per effetto del saldo naturale della popolazione, che è sempre fortemente negativo. Le nascite hanno fatto registrare ancora un calo nei primi dieci mesi dell’anno, mentre i decessi si sono attestati ancora su livelli elevati rispetto al periodo prepandemico<sup>6</sup>. Alle conseguenze dirette e indirette della pandemia osservate nel 2020 (eccesso di mortalità, forte contrazione dei movimenti migratori, quasi dimezzamento dei matrimoni celebrati), nel 2021 si sono aggiunti gli effetti recessivi dovuti al calo delle nascite, scese sotto la soglia di 400mila, facendo segnare ancora una volta un nuovo minimo storico dall’Unità d’Italia.

Il nuovo record minimo di nascite (399mila) e l’elevato numero di decessi (709mila) hanno aggravato la dinamica naturale negativa che caratterizza il nostro Paese nell’ultimo decennio<sup>7</sup>. Il

---

disagiate; la creazione di un “cattivo” implica necessariamente l’apparizione di un “eroe salvifico”, sebbene entrambe le figure siano fittizie.

Sulla teoria del “capro espiatorio”, e più in generale sulla “costruzione del nemico”, cfr. anche G. BONAZZI, *Colpa e potere. Sull’uso politico del Capro Espiatorio*, Bologna, 1983, P. Cerri e A. Lorini (curr.), *La costruzione del nemico. Istigazione all’odio in Occidente*, Torino, 2019, R. GIRARD, *Il capro espiatorio*, Milano, 2020, e U. Eco, *Costruire il nemico*, Milano, 2020.

<sup>4</sup> E.L. BERNAYS, *The Engineering of Consent*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, n. 1/1947: 113 ss.: «Freedom of speech and its democratic corollary, a free press, have tacitly expanded our Bill of Rights to include the right of persuasion. This development was an inevitable result of the expansion of the media of expression [...]. Any one of us through these media may influence the attitudes and actions of our fellow citizens».

<sup>5</sup> Così N. Rossi, *Editoriale*, nel fascicolo monografico *Il diritto alla protezione internazionale e l’impegno della giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2020, 4.

<sup>6</sup> V. *Nascite, matrimoni e migrazioni: segnali di ripresa ma non è ancora recupero*, in *Statistiche, Report*, al [sito web dell’ISTAT](#), 14 marzo 2022.

<sup>7</sup> Pensiamo soltanto che si tratta del 31% in meno rispetto al 2008, anno di massimo relativo più recente delle nascite: nel primo semestre del 2008 i nuovi nati furono 278.000, mentre nel primo semestre del 2022 – ha riportato il dato a

saldo naturale, che già nel 2020 aveva raggiunto un valore inferiore solo a quello record del 1918 (-648mila), nel 2021 ha registrato un ulteriore deficit di “sostituzione naturale” pari a -310mila unità.

Ma se la *Dinamica* fotografa il recente passato per dipingere a tinte fosche l’attualità, è un altro il documento dell’Istituto nazionale di statistica che allarma maggiormente per il futuro: il 22 settembre 2022 sono state presentate le *Previsioni sul futuro demografico del Paese* aggiornate al 2021<sup>8</sup>. Esse confermano la presenza di un potenziale quadro di crisi dal momento che ci dicono come la popolazione residente sia in decrescita: da 59,2 milioni al 1° gennaio 2021 a 57,9 mln nel 2030, a 54,2 mln nel 2050 fino a 47,7 mln nel 2070 (con una perdita complessiva di 11,5 milioni di residenti rispetto a oggi). Il rapporto tra individui in età lavorativa (15-64 anni) e non (0-14 e da 65 anni in avanti) passerà da circa tre a due nel 2021 a circa uno a uno nel 2050<sup>9</sup>.

Un Paese dove si nasce sempre meno e nel quale si vive più a lungo: oggi gli ultranovantenni sono 827mila, raddoppieranno nel 2051 e triplicheranno vent’anni dopo fino a 2 milioni e mezzo.

Si tenga poi conto del fatto che anche le più incisive politiche demografiche non riuscirebbero ad invertire la tendenza in misura significativa nei prossimi quarant’anni, anche perché il calo della natalità incide parimenti sul numero delle donne in età fertile riducendolo drasticamente: oggi il tasso di fertilità è di 1,25 per donna e se pure passasse a 2, un impatto significativo lo si apprezzerrebbe solo a partire dal 2060.

È anche un altro (l’ennesimo) il dato che allarma: da almeno 5 anni il Paese registra più *emigrati* che *immigrati*. Abbiamo quindi un difetto di popolazione a cui si sommano significativi flussi in uscita.

Non si tratta di una *invasione* ma semmai – sia consentita la battuta – di una *evasione*!

È davvero tempo che si inizi a riflettere profondamente (oltre che sui fenomeni “in entrata”) anche sull’emigrazione, che sottotraccia sta impoverendo il Paese senza che i *governanti* rivolgano a siffatta “emorragia” seria attenzione, che non sia il periodico e generico appello contro la “fuga dei cervelli”. Non si tratta più solo di emigrazione qualificata (peraltro non è mai stata solo quella) che sceglie la prospettiva estera non intravedendone alcuna in patria.

Si è soliti affermare che l’Italia da Paese di emigrazione si è trasformato negli anni in Paese di immigrazione: questa frase non è mai stata vera e, a maggior ragione, non lo è adesso perché smentita dai dati e dai fatti. Dall’Italia non si è mai smesso di partire e, negli ultimi difficili anni di limitazione negli spostamenti a causa della pandemia, di recessione economica e sociale, di permanenza di una legislazione per l’immigrazione sorda alle necessità del tessuto lavorativo e sociodemografico, la comunità dei cittadini italiani ufficialmente iscritti all’Anagrafe degli Italiani Residenti all’Estero (AIRE) ha superato la popolazione di stranieri regolarmente residenti sul territorio nazionale<sup>10</sup>.

---

fine agosto scorso il Presidente dell’Istat Blangiardo intervenendo a Rimini al meeting di *Comunione e Liberazione* – sono stati 184mila (in 14 anni il Paese ha perduto un terzo di neonati).

<sup>8</sup> V. [Futuro della popolazione: meno residenti, più anziani e famiglie più piccole](#), in *Statistiche, Report*, al [sito](#) web dell’ISTAT, 22 settembre 2022.

<sup>9</sup> La forza-lavoro si ridurrà dagli attuali 36 milioni a 28 milioni nel 2050 (quasi un quarto in meno) e a 25 milioni nel 2070, con la conseguente perdita in questo lasso di tempo di un terzo del PIL.

<sup>10</sup> L’annuale Rapporto *Italiani nel Mondo*, presentato dalla *Fondazione Migrantes* a novembre 2022, ci fa sapere che gli Italiani iscritti all’AIRE sono oggi 5,8 milioni (nel 2006 – anno del primo Rapporto – erano poco più di 3,1 milioni), il 10% della popolazione residente nella madrepatria. Mentre l’Italia ha perso in un anno lo 0,5% di popolazione residente (-1,1% dal 2020), all’estero la popolazione italiana è cresciuta negli ultimi 12 mesi del 2,7%, che diventa il 5,8% dal 2020. Gli oltre 5,8 milioni di Italiani iscritti all’AIRE hanno un profilo invero assai complesso: il 48,2% è costituito da donne, sono giovani (il 21,8% ha tra i 18 e i 34 anni), giovani adulti (il 23,2% ha tra i 35 e i 49 anni), adulti maturi (il 19,4% ha tra i 50 e i 64 anni), anziani (il 21% ha più di 65 anni, ma di questi l’11,4% ha più di 75 anni) o minori (il 14,5% ha meno di 18 anni). Oltre 2,7 milioni (il 47,0%) sono partiti dal Meridione (di questi, il 16%, dalle due Isole maggiori); più di 2,1 milioni (il 37,2%) sono partiti dal Nord Italia e il 15,7% è invece originario del Centro Italia. Il 54,9% degli Italiani (quasi 3,2 milioni) si sono stabiliti in Europa, il 39,8% (oltre 2,3 milioni) in America, centro-meridionale soprattutto (il 32,2%,

Da circa 15 anni l'Italia sta dunque affrontando un ricambio naturale negativo, alla base della riduzione della popolazione, nonostante la parziale contropartita di dinamiche migratorie con l'estero di segno positivo.

Si può in sintesi affermare che l'immigrazione (così come l'emigrazione) costituisce una realtà di fatto, che tuttavia le nostre società – intorpidite dal mantra securitario – cercano di negare, trasformandola al massimo in problema, rispetto al quale le possibilità di analisi si riducono ad essere “pro” o “contro”.

### 3. Che cosa fa “la politica”? ... *sono arrivati esseri umani*

In un siffatto contesto di «sclerosi progressiva»<sup>11</sup>, solo sommariamente così tratteggiato, nessuna forza politica si spinge fino a sostenere che i flussi migratori, costituendo una realtà ineludibile, non necessitano né di una soluzione né di un'eliminazione ma – al contrario – di strategie di convivenza e gestione. Nessuna forza politica riesce a farsi promotrice di un approccio serio e maturo rispetto a fenomeni che non solo vanno *governati*, ma *coi quali* dovrebbe essere oggi possibile *governare*. Bisognerebbe (non ribaltare ma) arricchire l'idea per cui l'immigrazione va governata, convincendo gli attori politici dell'opportunità di governare *con l'immigrazione*; ce lo dimostrano in modo impietoso i dati demografici ed economici sopra richiamati.

L'approccio invocato non è certamente quello che ad esempio emerge dalla parziale inattuazione di quanto richiesto dall'art. 3 TUiMM (d.lgs. 25 luglio 1988, n. 286). La disposizione – significativamente rubricata *Politiche migratorie* – impone al Governo l'adozione di un documento di programmazione triennale che indichi le azioni e gli interventi che lo Stato italiano, anche in cooperazione con gli altri Stati membri dell'Unione europea, con le organizzazioni internazionali, con le istituzioni comunitarie e con organizzazioni non governative, si propone di svolgere in materia di immigrazione, anche mediante la conclusione di accordi con i Paesi di origine. Esso dovrebbe altresì indicare le misure di carattere economico e sociale nei confronti degli stranieri soggiornanti nel territorio dello Stato, nelle materie che non debbono essere disciplinate con legge. Infine il documento dovrebbe individuare i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato, delineando gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico, prevedendo anche ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine.

In buona sostanza in quello strumento *la politica* dovrebbe trasferire la visione che nel medio termine (l'orizzonte triennale abbracciato) intende proporre rispetto ad un fenomeno – ripetiamo – epocale, globale ed irreversibile.

È sufficientemente noto però come quel documento abbia visto la luce in una sola occasione (triennio 2004-2006), facendo poi perdere ogni successiva traccia.

A fronte di coloro che pur autorevolmente hanno sostenuto l'opportunità di eliminare quell'obbligo – bollato quasi come un fastidio – si ritiene invece che sarebbe assolutamente centrale un recupero di quel passaggio procedurale, ponendolo al centro dell'azione di governo non solo *dell'immigrazione* ma – si insiste su questo punto – *con l'immigrazione*. L'auspicio è che *la politica* abbandoni definitivamente un approccio alla complessità della contemporaneità à *la Crusoe* (per

---

più di 1,8 milioni). Gli Italiani sono presenti in tutti i Paesi del mondo; le comunità più numerose sono ad oggi quella argentina (903.081), la tedesca (813.650), la svizzera (648.320), la brasiliana (527.901) e la francese (457.138).

<sup>11</sup> L'espressione sicuramente efficace è tratta da G. AMATO, *Prefazione*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte e M. Vrenna (curr.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 14.

*Robinson* infatti non contano gli anni, contano i giorni), tornando a proporre una *visione* (un modello cioè di società verso il quale tendere) non limitata a *ciò che siamo*, ma a *ciò che potremmo diventare* tra vent'anni e – perché no? – a *ciò che vorremmo essere*.

La fine del Novecento – il “secolo breve” di cui parla una storiografia celeberrima<sup>12</sup> – ha coinciso con l'accantonamento degli armamentari ideologici tradizionali (la constatazione di vivere nell'era *post-ideologica* assume sovente i contorni di un triste *refrain*), in favore di una dialettica politica che si è concentrata pressoché esclusivamente – complici le modifiche normative sui sistemi elettorali di inizio anni Novanta – nella contrapposizione *amico/nemico*. L'avversario politico ha cessato improvvisamente di costituire il portatore di un modello (di una *visione* appunto) da confutare sul piano politico forti di un contro-modello, per convertirsi nella personificazione del nemico da abbattere, nel cantore di una narrazione che va (più che contestata) contraddetta, in base ad un frainteso ma continuamente invocato (specie negli spazi mediatici) “contraddittorio”; un contraddittorio però che non vede quasi mai una sintesi (affidata ad un arbitro), riducendosi sovente alla giustapposizione di dati raramente verificati. Una propaganda di basso conio, ma di alta redditività elettorale.

È chiaro però che perché l'invocato cambio di impostazione di realizzi occorrerebbero assetti politico-partitici in grado di offrire quella *visione*, capaci di mostrare quella *tensione*, preparati a cogliere questa *sfida* della contemporaneità; non certo gli attori attuali, pavidisti ostaggi della sondocrazia settimanale.

Perché *la politica* entri in questa nuova dimensione è indispensabile che abbandoni il “confortevole” (perché semplicistico ed elettoralmente premiante) approccio ai fenomeni migratori esclusivamente sul terreno della sicurezza.

Non è cercando (e trovando) un *nemico* al quale imputare tutte le deficienze del Paese (sia esso rappresentato ora dai migranti ora dalle ONG) che quella sfida della contemporaneità può essere raccolta: la retorica del *nemico alle porte* riesce a dirci *ciò che siamo* (ahimè, *diventati*), ma non *ciò che vorremmo essere*.

È ampiamente noto come in Italia sia ormai da diversi anni praticamente impossibile entrare regolarmente; i dati macroeconomici e di tenuta del sistema pensionistico ci mostrano invece come il “sistema-Paese” abbia un significativo bisogno dell'immigrazione. Ci mostrano cioè come ci sia una grande necessità di immigrazione *regolare* e non certo di quella *irregolare*.

Se però la legislazione degli ultimi vent'anni – a partire dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 c.d. “Bossi-Fini” – si è tutta orientata verso l'inacidimento dei canali d'ingresso legali – primo tra tutti il lavoro, attorno al quale ruotano poi gli altri come il ricongiungimento familiare – e non potendosi certo arrestare dinamiche che presentano quelle tre caratteristiche più volte in precedenza richiamate (se non a costi indicibili in termini di violazioni dei diritti umani, come quelle derivanti dalla sottoscrizione del *Memorandum d'intesa italo-libico* del febbraio 2017)<sup>13</sup>, ecco che l'immigrazione irregolare diventa un'alternativa crudele ed inesorabile.

---

<sup>12</sup> Ci si riferisce ovviamente ad Eric Hobsbawm (*The Short Twentieth Century, 1914-1991*).

<sup>13</sup> Il *Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana* venne firmato a Roma – lo si ricorderà – il 2 febbraio 2017 dall'allora Presidente del Consiglio Gentiloni e dal Presidente del Governo di Riconciliazione Nazionale di Libia Serraj (da allora è stato più volte rinnovato, l'ultima il 2 novembre 2022); esso rappresenta ad oggi il principale e “più estremo” atto di esternalizzazione delle frontiere di un Paese dell'UE. È il modo con cui – sia consentita la semplificazione forse brutale – l'Italia ha escogitato il modo di “delegare ad altri” respingimenti altrimenti illegali, così da non incorrere in nuovi “casi Hirsi”: si ricordi che la Corte di Strasburgo con la [sentenza Hirsi Jamaa c. Italia \(Grande Chambre, 23 febbraio 2012\)](#) ha condannato il nostro Paese per i respingimenti collettivi operati dalla Marina Militare verso la Libia nel gennaio 2009, accogliendo i ricorsi di 11 cittadini somali e 13 cittadini eritrei, ad ognuno dei quali è stato riconosciuto un risarcimento di 15.000 euro per un ammontare complessivo quindi di 360.000 euro.

Da quando non è praticamente più possibile immigrare regolarmente in Italia è ad esempio aumentato il tasso di analfabetismo all'interno delle comunità straniere; sono progressivamente comparse all'interno dei flussi in arrivo percentuali crescenti di minori non accompagnati. Questi erano praticamente assenti quando l'immigrazione avveniva seguendo i canali legali: da sempre infatti – anche in natura – sono gli adulti ad occuparsi dei più piccoli, ma se gli adulti non possono più arrivare, e al contempo vengono approvate discipline che rafforzano le tutele verso i MNA (ad es. la l. 7 aprile 2017, n. 47 c.d. “legge Zampa”), ecco che questi soggetti particolarmente “a rischio” hanno finito per costituire un flusso autonomo, essendo spesso coloro sui quali la famiglia (la sua componente adulta) punta tutte le proprie *files*, in termini materiali e di speranza.

Sarebbe ad esempio necessario – viene da più parti sostenuto – ripristinare la figura dello *sponsor*<sup>14</sup> o, meglio ancora, prevedere un permesso di soggiorno “per ricerca lavoro”; costituirebbe

---

Stante l'impossibilità di presidiare efficacemente la desertica frontiera meridionale libica, col *Memorandum* il Governo di quel Paese (almeno “uno dei governi” che rivendica la legittimazione a guidare la Libia, precipitata in una guerra civile dopo la morte di Gheddafi nel 2011) si impegna al pattugliamento serrato delle coste e all'allestimento di “campi di accoglienza temporanei” nei quali *ospitare* i migranti irregolari (in realtà *lager* in cui viene perpetrata ogni genere di violenza) che attraversano il Paese per recarsi in Europa via mare, in attesa del rimpatrio o del rientro volontario nei Paesi di origine; in cambio l'Italia si impegna nei confronti della Libia a fornire strumentazioni e sostegno militare, strategico e tecnologico, oltre a fondi per lo sviluppo. Molte le perplessità sollevate – oltre che su quello politico – sul piano giuridico da quello che a tutti gli effetti appare come un nuovo trattato internazionale, benché nell'occasione le parti abbiano riaffermato il loro impegno a dare attuazione ai precedenti trattati sottoscritti e ancora vigenti in materia, in particolare il Trattato di Amicizia, Partenariato e Cooperazione firmato a Bengasi il 30 agosto 2008 e la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012. In realtà ciò che caratterizza un trattato internazionale è il dato sostanziale e, in particolare, la sua capacità di creare situazioni giuridiche vincolanti in base al diritto internazionale tra entità statali riconosciute, non rilevando il mero *nomen iuris* conferito allo stesso dalle parti contraenti (cfr. sul punto le considerazioni di F.M. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, Bari-Roma, 2019, 69 ss.). Nel caso del *Memorandum* è innegabile che le parti si siano vincolate al rispetto di una serie di obblighi precisi e reciproci, non inerenti a mere linee di indirizzo politico; il *Memorandum*, lungi dall'essere meramente attuativo di programmi e obiettivi già indicati nell'accordo del 2008, è in realtà un trattato internazionale nuovo che detta priorità e azioni diverse rispetto a quelle stabilite nel “Trattato di Bengasi”, perseguendo obiettivi specifici legati essenzialmente alla condizione dei migranti in Libia e al controllo del loro passaggio sul territorio nazionale. Pare dunque evidente la violazione nella circostanza della previsione dell'art. 80 Cost., stante la mancata sottoposizione dell'accordo al vaglio del Parlamento per la sua autorizzazione: il *Memorandum*, infatti, rientra tra quegli accordi internazionali che devono essere sottoposti ad autorizzazione alla ratifica da parte del Parlamento, in quanto avente natura politica (cfr. ancora F.M. PALOMBINO, *ivi*, 75 ss.).

La questione è giunta alla Corte costituzionale a cui è stato chiesto di dichiarare la lesione delle prerogative parlamentari tramite un ricorso per conflitto di attribuzione proposto da quattro Parlamentari che denunciavano la mancata presentazione, da parte del Governo, del progetto di legge ai sensi dell'art. 80 Cost.; in sede di vaglio preliminare di ammissibilità la Corte ([ord. n. 163/2018](#)) ha dichiarato inammissibile il conflitto sollevato da singoli Parlamentari per difendere le attribuzioni della Camera di appartenenza: le norme costituzionali individuano «nella Camera di appartenenza il soggetto titolare della sfera di attribuzioni costituzionali che sarebbe stata violata; conseguentemente, legittimata a reagire contro tale violazione deve ritenersi la Camera di appartenenza, e non il singolo parlamentare», discendendone «altresì l'impossibilità di configurare alcuna concorrenza tra la legittimazione attiva del singolo parlamentare e quella della Camera di appartenenza». Ha condivisibilmente parlato di «zona franca», commentando in modo critico la pronuncia, R. BIN, *Riserva di legge e conflitto di attribuzione: dov'è finita la caccia alle “zone franche”?* *Breve nota a Corte costituzionale, ord. 163/2018*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) (20 luglio 2018).

<sup>14</sup> Nel 2002 la “Bossi-Fini” ha riscritto l'art. 23 TUIIMM, che disciplinava l'istituto della “prestazione di garanzia” (il c.d. *sponsor*) e il permesso di soggiorno concesso per la ricerca di lavoro. La garanzia poteva provenire da un cittadino italiano, da uno straniero regolarmente soggiornante (purché in possesso di un permesso di soggiorno della durata di almeno un anno), dalle Regioni, dagli enti locali, dalle associazioni professionali e sindacali e dagli enti e associazioni operanti nel settore del volontariato che fossero in possesso di determinati requisiti. L'istituto dello “sponsor” comportava, dunque, la legittima possibilità per il lavoratore migrante, in virtù dell'apposita garanzia proveniente da uno dei soggetti richiamati, di fare ingresso e soggiornare in Italia per almeno un anno allo scopo di cercare un'occupazione. L'istituto mirava perciò a coniugare due esigenze fondamentali: da un lato condurre ad un inserimento assistito nel mercato del lavoro, valorizzando anche le reti familiari e il ruolo delle catene migratorie; dall'altro garantire la possibilità di un incontro diretto fra domanda ed offerta di lavoro. La riforma ha invece previsto che il lavoratore per

poi un'indubbia riforma di civiltà giuridica la modifica dell'ultimo comma dell'art. 4 della legge sulla cittadinanza (l. 5 febbraio 1992, n. 91)<sup>15</sup>, vero "nervo scoperto" di una disciplina che nasceva già miope, pur vedendo la luce in una stagione in cui non mancavano affatto i segnali per poter essere "presbiteri", guardare lontano e capire che una buona parte dell'immigrazione che agli inizi degli anni Novanta arrivava sulle coste adriatiche si sarebbe stabilizzata in Italia ed avrebbe dato vita a seconde e a terze generazioni. Con ogni probabilità, infatti, la data-simbolo rispetto alla quale potersi parlare di un *prima* e di un *dopo* per la storia dell'immigrazione in Italia è rappresentata dall'8 agosto 1991, quando – lo si ricorderà – 20mila cittadini albanesi approdarono nell'assolato porto di Bari a bordo del mercantile *Vlora*; quell'evento, che ancora oggi costituisce il più numeroso arrivo contestuale di clandestini in Europa, scatenò una imponente gara di solidarietà, protagoniste la popolazione e le Istituzioni (almeno una parte) del Capoluogo barese. Certo, la sistemazione "di fortuna" nello Stadio della Vittoria – un vecchio impianto sportivo senza copertura, mentre il nuovo San Nicola era reduce dai (ne)fasti di "Italia 90" e mal si addiceva all'uopo – non fu certo delle più confortevoli, ma la città del tutto impreparata a reggere quell'urto improvviso venne lasciata sola. Il Sindaco Enrico Dalfino pronunciò un semplice predicato nominale poi divenuto storia: «Sono persone!». Assunse i contorni – e non certo i "toni" – dello scontro istituzionale l'improvvido intervento dell'allora Capo dello Stato Cossiga, che si avviava all'ultima parte (e non certo la più memorabile) di un settennato tutt'altro che da annoverare tra le "grandi presidenze", il quale non trovò di meglio che rivolgere al Sindaco l'appellativo di *cretino*.

Nel *sono persone* di Dalfino riecheggiano richiami altrettanto potenti. «*Volevamo braccia, sono arrivati esseri umani*»: con queste parole lo scrittore svizzero Max Frisch mirabilmente stigmatizzava più di quarant'anni fa l'improvvisa ed ostile chiusura da parte dei Paesi, che negli anni precedenti avevano cercato di attrarre forza-lavoro, nei confronti di coloro che erano stati attirati da quel "magnetismo" (e le storie degli emigrati italiani in Svizzera in quegli anni sono ancora lì a dimostrare le grandi sofferenze patite).

Si guardi perciò ai dati macroeconomici, ma si guardi ad essi nella più ampia visione di una integrazione "a tutto tondo", e non nell'ottica di regolarizzazioni parziali e (es)temporanee.

Il *lavoro* costituisce non solo un diritto fondamentale attorno al quale "fanno perno" altri diritti (sociali e non soltanto), ma sul *lavoro* – è arcinoto – è costruito l'intero edificio costituzionale; è il carattere democratico della Repubblica che poggia e affonda le radici nel momento più alto in cui si sublima la dignità dell'individuo.

#### 4. Dalla residenza ai doveri costituzionali. Il diritto di avere doveri

Dieci anni or sono un compianto Maestro lucidamente tratteggiava un percorso – sulla scorta delle riflessioni di Thomas Marshall, Ferrajoli, Brubaker, Todorov e della giurisprudenza eurounitaria – teso a dimostrare come la dicotomia tra *status civitatis vs. status personae* abbia costituito un elemento caratterizzante la formazione degli Stati europei sin dalle Rivoluzioni liberali, dando luogo

---

entrare in Italia regolarmente debba essere già in possesso di un regolare contratto di lavoro, stipulato "a distanza" grazie al ruolo degli Sportelli Unici e delle periferie consolari che dovrebbero far incontrare – ripetiamo, a distanza! – domanda e offerta. È di tutta evidenza come un siffatto meccanismo non funzioni, costringendo nel migliore dei casi l'aspirante lavoratore ad entrare clandestinamente in Italia per compiere quella attività di ricerca che prima poteva invece compiere alla luce del sole, e poi uscire sperando che quell'*incontro*, sempre più aleatorio, si sostanzi in un "contratto di soggiorno". Tutto questo sempre tenendo conto dei numeri del "decreto flussi", sull'irragionevolezza del cui meccanismo di determinazione non è questa la sede per tentare un'approfondita riflessione.

<sup>15</sup> Art. 4.2 «Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data».

ad uno sdoppiamento del regime dei diritti: i diritti civili spettanti ad ogni uomo per effetto della nascita a prescindere dalla cittadinanza, e i diritti di cittadinanza riservati ai soli cittadini<sup>16</sup>.

Carrozza non poteva fare a meno di sottolineare poi come questa dicotomia si fosse rivelata un fattore persistente del costituzionalismo di derivazione liberale, così da costituire forse l'elemento in cui più evidentemente si era andando manifestando il suo stato-centrismo: l'evoluzione storica dei diritti spettanti ai cittadini, che ha visto gradualmente e con non poche difficoltà implementare lo *status civitatis* mediante le varie generazioni dei diritti di bobbiana memoria, ha arricchito solo in parte i diritti dello straniero, col tempo passato dall'essere semplicemente *nemico* a convertirsi nella figura più complessa di *immigrato*.

Così l'immigrato altro non è che un "non-cittadino", uno straniero che intende soggiornare stabilmente nel territorio di uno Stato diverso da quello di cittadinanza per un periodo più o meno lungo. Il momento centrale della riflessione proposta è perciò teso a dimostrare come la dicotomia cittadino/straniero venga enfatizzata dalla legislazione sulla cittadinanza, come strumento di "chiusura sociale", di protezione del *welfare* nazionale – riservato ai cittadini – dall'accesso indesiderato dell'immigrato:

«Tramite la nozione giuridica di cittadinanza, quale che sia il criterio ispiratore della relativa disciplina, la definizione dell'elemento personale di un determinato Stato-nazione si è dunque storicamente fondata sull'esclusione piuttosto che sull'inclusione: chi non è cittadino è straniero, anche se desidera, per necessità o libera scelta, vivere stabilmente sul territorio del paese ospite, e l'ingresso nella comunità statale formata dai cittadini da parte dello straniero viene considerato una sorta di minaccia dell'ordine stabilito (quello statale, fondato sulla cittadinanza), sì da essere soggetto a complesse regole per il soggiorno e ancor più faticose e procedure, implicantanti non sempre chiare prove di "fedeltà" o di "integrazione", per chi intenda accedere alla cittadinanza del paese ospite (la c.d. naturalizzazione)»<sup>17</sup>.

Il punto di svolta nella concezione di un nuovo paradigma può individuarsi nella costruzione europea: l'Europa non è una "nazione", non può perciò fondare la propria cittadinanza su una storia

---

<sup>16</sup> P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte e M. Vrenna (curr.), *La governance dell'immigrazione*, cit., 27 ss. (spec. 31 ss.).

La riflessione poggiava e traeva linfa – né avrebbe potuto essere altrimenti – da quella mirabile pietra della scienza giuridica che resta la voce *Nazione* del *Digesto delle discipline pubblicistiche* (X, 1995, 126 ss.). In quel lavoro densissimo ed invero assai complesso Carrozza si interroga sulla crisi degli Stati-nazione, sull'emersione dei nuovi nazionalismi e sulle sfide, spesso inedite, poste dal multiculturalismo; e lo fa partendo dalla natura polisemica del concetto indagato – in cui coesistono un «significato naturalistico-antropologico, o "oggettivo"» (l'etnico legame di sangue, riconducibile alla discendenza da una stirpe comune) ed un'accezione di natura "spirituale e soggettiva", che si pone come «principale fattore, del tutto soggettivo, di identificazione culturale di un individuo o di una collettività di individui» (*Nazione*, cit., 127). Carrozza sottolinea come l'idea di "nazione" fosse risultata centrale nel corso delle rivoluzioni liberali e nella fase di affermazione e consolidamento degli Stati nazionali europei; in particolare, la sua concezione in senso naturalistico quale riflesso della storicità delle varie comunità politiche esistenti, e l'idea di differenziazione delle nazioni-comunità in forza di circostanze ambientali e culturali vennero utilizzate per costruire una nuova teoria della sovranità consistente nell'idea che essa spettasse alla *nazione* e che questa costituisse la fonte della Costituzione e del potere statale.

Tuttavia, non appena consolidati gli Stati-nazione in forza di tale presupposto – tra i più nobili lasciti della Rivoluzione Francese – «l'idea di sovranità della nazione, di nazione come presupposto della sovranità, ha progressivamente lasciato il campo all'idea di sovranità dello stato [...], anche se alcuni "risorgimenti" nazionali hanno per lungo tempo avuto forte necessità di legittimare la costruzione statale mediante il richiamo alla loro "unità nazionale"» (*Nazione*, cit., 128).

Fino dalla Rivoluzione Francese dunque l'idea di "cittadinanza" si era sviluppata in stretta relazione con quella di "nazione"; ma in un ordinamento che fonda la propria legittimazione sul rispetto dei diritti fondamentali, la cittadinanza non può più essere definita in riferimento alla nazione, ma deve necessariamente trovare un diverso fondamento: seguendo la riflessione di Habermas «cittadinanza, dunque, è – o dovrebbe essere – non un legame originario, una discendenza, e neppure una mera dichiarazione di volontà-appartenenza, ma la condivisione volontaria di un comune status di diritti di cui libertà civili, diritti di partecipazione e diritti sociali fanno necessariamente e indivisibilmente parte» (*Nazione*, cit., 148).

<sup>17</sup> P. CARROZZA, *Noi e gli altri*, cit., 36.

culturale e politica fattasi identità collettiva storicizzata. La cittadinanza europea doveva fondarsi su elementi più razionali ed oggettivi; essa si è costruita dunque intorno ad un elemento fattuale ed al contempo volontaristico, la residenza su un determinato territorio:

«Cittadinanza è, per il diritto europeo, prima di tutto la residenza scelta liberamente da ciascun individuo (ed eventualmente dai suoi familiari) in qualsiasi Stato membro, anche diverso da quello del quale si è cittadini secondo la legislazione statale»<sup>18</sup>.

Il cittadino di un altro Stato membro non è dunque più un *immigrato*, diviene un cittadino europeo con il diritto a non essere discriminato e a ricevere dallo Stato ospite un trattamento analogo a quello dei cittadini. Si inizia a rompere, almeno per gli Europei, la dicotomia *status civitatis/status personae*, ma non trasformando lo straniero in cittadino, come avverrebbe naturalizzandolo, bensì riconoscendo al “non cittadino” uno status di diritti analogo a quello del cittadino<sup>19</sup>.

In sintesi, dunque, l’assioma per cui tanto minore risulta la differenza tra *status civitatis* e *status personae* tanto maggiore è il grado di civiltà raggiunto da un ordinamento ha come corollario quello per cui «è cittadino chi risiede stabilmente in un paese e ne rispetta i doveri costituzionali a prescindere dalla cittadinanza o nazionalità di origine»<sup>20</sup>.

Emblematiche in questa direzione due decisioni della Corte costituzionale in tema di esclusione dello straniero dalla partecipazione al servizio civile volontario, la [sent. n. 309/2013](#) che ha censurato una disciplina provinciale autonoma e la [sent. n. 119/2015](#) che ha invece annullato una previsione nazionale.

La prima ha reso chiaro il collegamento tra artt. 2 e 52 Cost. – elemento che costituirà la base del ragionamento della seconda pronuncia – rafforzando una concezione ampia di cittadinanza, che tende a fare prevalere la dimensione costituzionale su quella formale di cittadinanza:

«È irragionevole subordinare la possibilità di accedere al servizio sociale volontario al possesso della cittadinanza italiana o di altro stato dell’Unione europea, in quanto si tratta di prestazioni personali effettuate spontaneamente a favore di altri individui o della collettività. Tali prestazioni rappresentano la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’autorità, e la partecipazione a tali forme di solidarietà deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»<sup>21</sup>.

La questione che ha invece dato vita alla [sent. n. 119/2015](#) era nata da un giudizio delle Sezioni Unite della Cassazione su un ricorso promosso da un cittadino pakistano per denunciare la natura discriminatoria del bando relativo alla selezione di oltre diecimila volontari da impiegare in progetti di servizio civile, dal momento che, in conformità a quanto prescritto dalla disciplina del Servizio civile nazionale, esso richiedeva espressamente tra i requisiti e le condizioni di ammissione il possesso della cittadinanza italiana.

La Corte ripercorre le fasi salienti della rilevante trasformazione che il servizio civile ha conosciuto a livello legislativo, con effetti che hanno contribuito a modificarne lo *status* costituzionale. Infatti l’istituto ha progressivamente perduto l’originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio

---

<sup>18</sup> Ivi, 44.

<sup>19</sup> Si muove verso la direzione tracciata anche la giurisprudenza di Lussemburgo, anche se non sempre in modo univoco: i notissimi casi [Förster \(causa C-158/07\) del 18 novembre 2008](#) e [Ruiz Zambrano \(causa C-34/09\) dell’8 marzo 2011](#) sembrano dare forma all’idea di una cittadinanza fondata non su vincoli di sangue o su un presunto legame storico col territorio, ma sulla condivisione di diritti e naturalmente di doveri costituzionali, senza che su tale condizione possano influire le differenti nazionalità di origine.

<sup>20</sup> P. CARROZZA, *Noi e gli altri*, cit., 51.

<sup>21</sup> [Sent. n. 309/2013](#), punto 6 in diritto. Cfr. G. BASCHERINI, *Il servizio civile tra Stato e regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*, in *Giur. cost.*, n. 1/2014, 534 ss.

militare di leva, per assumere carattere volontario, consentendo a chi vi accede di «realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utile alla propria comunità»<sup>22</sup>.

Il ragionamento proposto qui dalla Corte non giunge però a sostituire l'art. 2 all'art. 52 Cost. quale fondamento costituzionale dell'istituto, proponendo piuttosto una lettura del sacro dovere di difesa della patria alla luce dei doveri inderogabili di solidarietà sociale.

Entrambe le pronunce rappresentano un punto di arrivo di un percorso avviato da [Corte cost. n. 172/1999](#) sull'obbligo di prestazione del servizio di leva (che non era ancora stato abolito) da parte degli apolidi; quella decisione, nel ragionare di una «comunità di diritti e doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri»<sup>23</sup>, evidenzia – come è stato efficacemente scritto – «la funzione di vettori di identità civica e di integrazione che i doveri svolgono nel quadro dell'art. 2 di fronte alle questioni che l'immigrazione solleva sul terreno della cittadinanza»<sup>24</sup>.

5. Per una società giusta ed inclusiva *non basta essere invitati a una festa; è necessario essere invitati a ballare*

Sebbene la nostra Costituzione riservi allo Stato la disciplina dell'immigrazione e della condizione giuridica degli stranieri non appartenenti all'Unione europea, permangono competenze regionali che necessariamente portano gli enti territoriali ad occuparsi degli immigrati: dall'assistenza sociale a quella sanitaria, dall'istruzione alla casa: «Tutto ciò finisce per delimitare la competenza dello Stato alla regolazione dei flussi di ingresso e alla determinazione delle condizioni di legittima permanenza sul territorio nazionale. Mentre è toccato proprio alle regioni entrare in quegli aspetti che riguardano i diritti da riconoscere all'immigrato in quanto entrato a far parte con i suoi familiari delle nostre comunità e partecipe per ciò stesso della loro vita organizzata. È toccata a loro *l'amministrazione dell'immigrazione*»<sup>25</sup> (*l'enfasi è stata aggiunta*).

Tale “sofferto” riparto – peraltro come è noto neppure l'unico – ha posto una serie di questioni di costituzionalità all'esame della Corte. La prima sentenza che si è occupata direttamente del tema è stata la [n. 300/2005](#) relativa all'impugnazione di una legge regionale dell'Emilia-Romagna che

---

<sup>22</sup> [Sent. n. 119/2015](#), punto 4.1 *in diritto*. Cfr. S. PENASA, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2015. Secondo A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, *ivi*, n. 4/2015, lo svolgimento del servizio civile costituisce per la Corte costituzionale un'importante via per la cittadinanza, una sorta di “allenamento alle virtù democratiche”: da strumento connesso al dovere del cittadino di difendere la propria patria a meccanismo di avvicinamento anche dello straniero alla cittadinanza sostanziale (inclusione sociale) e, infine, a quella formale.

<sup>23</sup> [Sent. n. 172/1999](#), p.to 2.3 del *cons. in dir.*

<sup>24</sup> Così G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in [Treccani – Diritti online](#), 2014.

<sup>25</sup> Ancora G. AMATO, *Prefazione*, *cit.*, 11 s. Nella stagione immediatamente successiva alla modifica del Titolo V ed alla riscrittura da parte delle Regioni ordinarie dei rispettivi Statuti si ricorderanno le celeberrime decisioni sugli “enunciati culturali” contenuti in alcuni di essi: in particolare le sentt. nn. [372](#) e [379/2004](#) relative ad alcune disposizioni di principio in materia di diritto di voto contemplate negli Statuti di Toscana ed Emilia-Romagna. Il primo, infatti, stabilisce che «La Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati» (art. 3, c. 6); il secondo, invece, prevede tra gli obiettivi della Regione «il godimento dei diritti [...] degli immigrati [...] assicurando, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, il diritto di voto degli immigrati residenti» (art. 2, c. 1, lett. f), codificando una generale estensione degli strumenti di partecipazione in esso disciplinati ai residenti sul territorio regionale (art. 15, c. 1). È altrettanto noto come la Corte abbia dichiarato inammissibili o infondate tali questioni, in particolare negando valore giuridico a «enunciazioni» ritenute dal «carattere non prescrittivo e non vincolante», le quali al massimo «esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa».

attribuiva alla Regione funzioni di osservazione e monitoraggio circa il funzionamento dei Centri di permanenza temporanea e regolava le forme partecipative degli stranieri nella Consulta regionale per l'integrazione sociale dei cittadini stranieri immigrati<sup>26</sup>. Come ha sintetizzato Emanuele Rossi: «Si è così affermata una giurisprudenza, consolidatasi successivamente, che ha teso a limitare (opportunosamente) la materia "immigrazione" di cui al comma 2 dell'art. 117 Cost. all'ambito delle misure relative all'ingresso, al diritto di circolazione e ai diritti di libertà dello straniero, mentre la tutela degli altri diritti (in particolare di quelli sociali) ha seguito il criterio della materia come riferita all'ambito da garantire, più che ai soggetti cui detta garanzia deve riconoscersi. E siccome la tutela dei diritti sociali ricade in larga misura nell'ambito delle competenze regionali, sono state le regioni ad intervenire, anche estendendo una serie di misure a favore degli immigrati non regolarmente presenti sul territorio»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> La Corte ha ritenuto tali misure non lesive delle competenze statali, in considerazione del fatto che «l'intervento pubblico non si limita al doveroso controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, ma riguarda necessariamente altri ambiti, dall'assistenza all'istruzione, dalla salute all'abitazione, materie che intersecano ex Costituzione competenze dello Stato con altre regionali, in forma esclusiva o concorrente» (punto 5 *in diritto*).

<sup>27</sup> Così E. Rossi, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in *Id.*, F. Biondi Dal Monte e M. Vrenna (curr.), *La governance dell'immigrazione*, cit., 90. Dopo la "stagione statutaria" si ricorderà quella della "contrapposizione politica" tra centro (a trazione di centro-destra) e alcune periferie regionali (a guida centro-sinistra), che *rispondevano* ai "pacchetti sicurezza" del Governo del 2008 (l. 24 luglio 2008, n. 125) e del 2009 (l. 15 luglio 2009, n. 94) con la l.reg. Toscana 9 giugno 2009, n. 29, l.reg. Puglia 4 dicembre 2009, n. 32, l.reg. Campania 8 febbraio 2010, n. 6, a cui si riferiscono le sentt. nn. [269](#) e [299/2010](#), e [61/2011](#).

La prima respinse il ricorso del Governo contro la legge toscana secondo la quale tutte le persone dimoranti nel territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, avrebbero potuto fruire degli interventi socioassistenziali urgenti e indifferibili necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni persona in base alla Costituzione e alle norme internazionali. La Corte, richiamando un suo precedente del 2008 ([sent. n. 148](#)), ribadì, con particolare riferimento all'assistenza sanitaria, l'esistenza di un nucleo irriducibile del diritto alla salute davanti al quale non sono lecite diversità di trattamento (sul nucleo irriducibile del diritto alla salute non può non richiamarsi poi [Corte cost. n. 252/2001](#)). La seconda decisione mandò assolte la maggior parte delle disposizioni pugliesi grazie alla considerazione che soltanto tre tra quelle impugnate si riferiscono espressamente agli immigrati presenti a qualunque titolo sul territorio, dovendosi quindi ritenere tutte le altre riferite, invece, ad immigrati regolarmente presenti. Tra queste tre, l'unica ad essere dichiarata incostituzionale fu quella relativa alla tutela legale degli immigrati presenti a qualunque titolo sul territorio della Regione (con particolare riferimento all'effettività del diritto di difesa), ricondotta dalla Corte all'ambito di competenza statale di cui all'art. 117, c. 2, lettera l), Cost. Pienamente rientrando nelle competenze regionali è invece valutata la disposizione relativa all'accesso alle cure essenziali e continuative per i cittadini stranieri temporaneamente presenti, inclusa l'assistenza farmaceutica e la scelta del medico di base, in quanto tali ultime previsioni devono interpretarsi come limitate a garantire le sole cure essenziali, in conformità a quanto previsto dalla normativa statale. Costituzionale è inoltre giudicata la disposizione che abilita la Regione a concorrere alla tutela dei diritti dei cittadini immigrati presenti sul territorio regionale e a garantire i diritti umani inviolabili degli stranieri presenti a qualunque titolo sul territorio regionale, poiché, a parere della Corte, i diritti umani inviolabili «spettano anche agli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, sino a quando nei loro confronti non sia emesso ed eseguito un provvedimento di espulsione» (p.to 2.2.3 del *cons. in dir.*). Tale posizione trovò poi un significativo sviluppo nella successiva sent. n. 61, nella quale – relativamente ad analoghe censure governative – la Corte chiarisce, con più approfondite argomentazioni, la legittimità dell'intervento regionale a favore degli immigrati non regolarmente presenti, qualora esso sia finalizzato alla tutela di diritti fondamentali. Ha analizzato congiuntamente le tre pronunce F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *le Regioni*, n. 5/2011, 1086 ss. Con quella "reazione" le Regioni (alcune perlomeno) intendevano porsi da "contraltare politico" – ancorché periferico – rispetto ai provvedimenti centrali sopra richiamati, che si erano caratterizzati per un approccio "oscurantistico" rispetto agli immigrati: il riferimento non può non riguardare in particolare la tristemente nota "aggravante di clandestinità" – introdotta dalla l. 24 luglio 2008, n. 125 – e poi fortunatamente consegnata alla incostituzionalità da [Corte cost. n. 249/2010](#); così pure ci si ricorderà di quando nel luglio 2009 l'allora Presidente della Repubblica Napolitano promulgò «con perplessità e preoccupazioni» la l. n. 94, che tra le altre novità introduceva il reato di ingresso e soggiorno illegale e le previsioni sulle c.d. "ronde" (la prima mandata assolta dall'accusa di essere incostituzionale dalla [sent. n. 250/2010](#), la seconda parzialmente caducata dalla [sent. n. 226](#) dello stesso anno, entrambe le previsioni peraltro consegnate ad un futuro di inefficacia o di inattuazione).

La “stella polare” del legislatore nazionale (e di alcuni legislatori regionali che ne hanno abbracciato la *ratio*) – fedele al più volte ricordato approccio criminalizzante sui temi dell’immigrazione<sup>28</sup> ed escludente su quelli dell’integrazione – è stata sempre rappresentata dal comma *1bis* dell’art. 40 TUiMM (introdotto nel 2002 dalla “Bossi-Fini”), in virtù del quale l’accesso alle misure di integrazione sociale è riservato agli stranieri non appartenenti a Paesi dell’Unione europea che dimostrino di essere in regola con le norme che disciplinano il soggiorno in Italia ai sensi del presente testo unico e delle leggi e regolamenti vigenti in materia.

Una tensione che emerge plasticamente nel passaggio della [sent. n. 61/2011](#) in cui la Corte, a proposito dell’assistenza e dei servizi sociali – che non è materia sottoposta al rispetto dei principi fondamentali contenuti nel TUiMM – osserva che «l’autonomia del legislatore regionale nella materia *de qua* appare guidata dalla volontà di estendere l’accessibilità al diritto sociale ad una (sebbene precaria e temporanea) sistemazione alloggiativa, che peraltro la Corte ha ritenuto riconducibile “fra i diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 della Costituzione” (sentenze [n. 209 del 2009](#) e [n. 404 del 1988](#); [ordinanza n. 76 del 2010](#))» (p.to 3.1 del *cons. in dir.*).

Ciò nonostante si esclude l’estensione anche allo straniero irregolare della possibilità di concorrere all’assegnazione dell’edilizia popolare ovvero di accedere ai benefici previsti dalla norma, in senso conforme a quanto previsto dall’art. 40, c. 6, TUiMM.

Un passaggio lo merita però anche la pressoché coeva [Corte cost. n. 40/2011](#) che dichiara l’illegittimità costituzionale della disposizione del Friuli Venezia Giulia che escludeva dalla fruizione di provvidenze sociali i cittadini extracomunitari, nonché i cittadini europei non residenti in Regione da almeno trentasei mesi, dal momento che si trattava di «provvidenze che, per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio che un siffatto sistema di prestazioni e servizi si propone di superare perseguendo una finalità eminentemente sociale» (p.to 4.1 del *cons. in dir.*).

---

<sup>28</sup> Oltre ai provvedimenti già richiamati vale la pena ricordare un’altra misura simbolica, l’art. 14, c. 5ter (anch’esso introdotto nel 2002) TUiMM, che ha dovuto fare i conti però con la giurisprudenza di Lussemburgo: con la [sentenza 28 aprile 2011, Hassen El Dridi, causa C-61/11](#), infatti, la Corte di Giustizia riconobbe il contrasto tra la “direttiva rimpatri” (n. 115/2008/CE), dotata di effetto diretto, e la previsione nazionale inerente l’inottemperanza dello straniero all’ordine di allontanamento, così come era previsto nella originaria formulazione (anteriore alla l. 2 agosto 2011, n. 129, poi aggiornato dalla l. 30 ottobre 2014, n. 161 e dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7). Il punto centrale della pronuncia lo si ritrova nel par. 55, laddove viene enunciato il principio relativo all’incidenza del diritto dell’Unione sul diritto penale degli Stati membri: essi non possono legiferare in modo «tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest’ultima del suo effetto utile». Ne deriva che, qualora l’effetto utile venga reso vano dalla normativa nazionale, quest’ultima deve essere disapplicata da parte del giudice interno. Gli obiettivi perseguiti dalla “direttiva rimpatri” dovevano consistere nell’efficacia delle procedure di rimpatrio e nella tutela dei diritti fondamentali dello straniero (su tutti, la libertà personale). Tali obiettivi erano pregiudicati da una normativa interna che sanzionava l’inosservanza della procedura di rimpatrio con una pena detentiva inflitta a carico del cittadino extra UE inottemperante alla medesima procedura. Pertanto, nella [sentenza El Dridi](#) la Corte di Lussemburgo affermò che la pena detentiva, inflitta durante la procedura di espulsione, non fosse funzionale alla produzione dell’effetto utile della direttiva. Più precisamente, è possibile parlare di un sistema “graduale” perseguito dalla UE, improntato cioè ad una vera e propria gradualità, nel rispetto del principio di proporzionalità e dei diritti fondamentali: occorre dunque preferire, in primo luogo, il rimpatrio volontario a quello forzato; una specifica assistenza e consulenza, sfruttando il fondo europeo per i rimpatri; l’assistenza legale d’ufficio. Il periodo ove effettuare la partenza volontaria, invece, può non essere concesso o esserlo per un termine più breve di 7 giorni solo nel caso in cui vi sia il rischio di fuga o se la persona costituisca un pericolo per l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. Al contrario, una pena detentiva che implicasse la permanenza del cittadino straniero nel territorio nazionale avrebbe ritardato l’esecuzione della procedura di rimpatrio e, quindi, l’effetto utile dell’espulsione. Dunque, era necessario ricorrere, scaduto il termine di allontanamento volontario, alle misure coercitive previste dalla direttiva, come ad esempio l’accompagnamento coattivo alla frontiera. Qualora tali misure non fossero risultate efficaci rispetto all’obiettivo posto, lo Stato avrebbe allora potuto applicare misure penali nei confronti dei cittadini irregolari.

Una politica di settore, quindi, quella per l'integrazione sociale degli immigrati che assurge – come efficacemente è stato scritto – a «paradigma universale delle forme della convivenza», poiché «è sul conflitto relativo al confine tra “immigrazione” e “integrazione sociale degli immigrati” nelle sue varie declinazioni sotto forma di diritti che si è svolto un contenzioso sulla portata più o meno universale dei diritti riconosciuti in Costituzione»<sup>29</sup>.

Da questi brevi e incompleti richiami alla giurisprudenza costituzionale del primo decennio di questo secolo si possono ricavare talune indicazioni – peraltro mai del tutto univoche – che si sono poi riproposte in anni successivi all'esito di nuovi interventi, tanto statali quanto regionali, che sono tornati ad impegnare la Corte.

Tullio Padovani, commentando dalle colonne di un settimanale giuridico il “pacchetto sicurezza” del 2009 in precedenza richiamato, impiegò una metafora in tutto e per tutto riproponibile negli anni successivi: quel “pacchetto” – scriveva Padovani – «tanto somiglia ai resti di un naufragio disperso lungo il lido, da potersi dare il caso che il superstite vagante, rovistando e raccattando, recuperi qualcosa di utile per la vita che l'attende, [prevalendo tuttavia] i relitti da consegnare alla pazienza demolitrice delle onde»<sup>30</sup>.

L'auspicio è dunque – ora come allora – che la costante (e paziente) opera (demolitrice) della giurisprudenza costituzionale riesca, col tempo, a liberarci definitivamente dei rottami dell'ennesima stagione di legislazione propagandistica, quella del 2017-2019, che peraltro – siamo convinti – non sarà l'ultima, considerati i recentissimi provvedimenti assunti dal Governo sul tema<sup>31</sup>.

L'ultimo triennio difatti si segnala per alcune decisioni dalla portata estremamente significativa proprio in ordine a quella azione di ripulitura della “battaglia ordinamentale” dai più scellerati residui del passato.

Di grande rilievo, ad esempio nuovamente in tema di accesso all'ERP, è risultata senza dubbio essere [Corte cost. n. 44/2020](#) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., della disposizione della l.reg. Lombardia 8 luglio 2016, n. 16 (*Disciplina dei servizi abitativi*) che stabiliva come i beneficiari dei servizi abitativi pubblici, tra i requisiti necessari, dovessero essere in possesso di residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda. Questo requisito – osservava anche in quel caso la Corte – non avrebbe avuto alcun nesso con la funzione del servizio pubblico in questione, ossia soddisfare l'esigenza abitativa di chi si trova in una situazione di effettivo bisogno<sup>32</sup>.

Considerazioni per certi versi non dissimili possono porsi con riguardo alla successiva [Corte cost. n. 281/2020](#) con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione regionale friulana (art. 88 l.reg. 8 luglio 2019, n. 9) che limitava la concessione di incentivi occupazionali alle imprese per le assunzioni, l'inserimento o le stabilizzazioni di lavoratori solo ai casi in cui i lavoratori assunti fossero residenti continuativamente nel territorio regionale da almeno cinque anni. La giurisprudenza costituzionale è intervenuta in più occasioni (l'ultima pochi mesi prima, per l'appunto con la [sent. n. 44](#)) con riferimento al requisito della residenza in materia di accesso ai servizi sociali, ammettendolo soltanto a determinate condizioni, quando sussista un ragionevole

---

<sup>29</sup> L. RONCHETTI, *I diritti fondamentali alla prova delle migrazioni (a proposito delle sentenze nn. 299 del 2010 e 61 del 2011)*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2011.

<sup>30</sup> T. PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 Ore*, n. 33/2009, 14 ss.

<sup>31</sup> Ci si riferisce al d.l. 2 gennaio 2023, n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la gestione dei flussi migratori*, che introduce il cosiddetto “codice di condotta” per le imbarcazioni che svolgono in modo non occasionale attività di salvataggio in mare.

<sup>32</sup> Cfr. C. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in [Questione Giustizia](#), (5 maggio 2020), e M. GORLANI, *Le politiche abitative regionali e il requisito della residenza qualificata: un monito della Corte convincente e, in un certo senso, conclusivo*, in *le Regioni*, n. 3/2020, 584 ss.

collegamento con la funzione del servizio (così, ad esempio, se la residenza costituisce un requisito ragionevole al fine d'identificare l'ente pubblico competente a erogare una certa prestazione, non è possibile che l'accesso alle prestazioni pubbliche sia escluso solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza). Con particolare riguardo poi al requisito della residenza di durata ultraquinquennale, oltre al fatto che esso non costituisce di per sé un indice di elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale, il radicamento territoriale non può assumere – a giudizio della Corte – un'importanza tale da escludere qualsiasi rilievo dello stato di bisogno; tra l'altro, l'introduzione di requisiti basati sulla residenza, specie se prolungata, finisce per costituire una limitazione, seppure meramente fattuale, alla circolazione tra le Regioni, violando così il divieto di cui all'art. 120, c. 1, Cost., in particolare nel suo collegamento con l'art. 3, c. 2, Cost.<sup>33</sup>.

Una delle tante novità introdotte dal c.d. "primo decreto Salvini" (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. nella l. 1° dicembre 2018, n. 132) era stato la modifica dell'art. 4 del "decreto accoglienza" (d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142) in virtù della quale il permesso di soggiorno per richiesta asilo non costituiva più titolo per l'iscrizione anagrafica<sup>34</sup>. Con ord. 1° agosto 2019 il Tribunale di Milano aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, per violazione degli artt. 2, 3, 10, 77, c. 2, e 117, c. 1, Cost.; con la [sent. n. 186/2020](#) la Corte ha accolto quasi tutte le doglianze prospettate, giudicando la disposizione impugnata viziata da irrazionalità intrinseca in quanto, rendendo problematica la stessa individuazione degli stranieri esclusi dalla registrazione, è incoerente con le finalità del decreto, che mira ad aumentare il livello di sicurezza; in secondo luogo riserva agli stranieri richiedenti asilo un trattamento irragionevolmente differenziato rispetto ad altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che ai cittadini italiani:

«Per la sua portata e per le conseguenze che comporta anche in termini di stigma sociale – di cui è espressione, non solo simbolica, l'impossibilità per i richiedenti asilo di ottenere la carta d'identità – la violazione del principio di uguaglianza enunciato all'art. 3, c. 1, Cost. assume in questo contesto – al di là della stessa violazione del principio di eguaglianza – la specifica valenza di lesione della "pari dignità sociale"» (punto 4.2 *in diritto*)<sup>35</sup>.

Il tema dell'accesso degli stranieri alle provvidenze del *welfare* risulta centrale in due decisioni assai vicine del 2022, la [n. 54](#) e la [n. 67](#): nella prima circostanza ad avviso della Corte le previsioni che escludono i cittadini extra UE da provvidenze quali "bonus bebè" e assegno di maternità perché non titolari di permesso per soggiornanti UE (ex art. 9 TUiMM) sono incostituzionali perché istituiscono per i soli cittadini di Paesi terzi un sistema irragionevolmente più gravoso che travalica la pur legittima finalità di accordare i benefici dello Stato sociale a coloro che vantino un soggiorno regolare e non episodico sul territorio nazionale, negando adeguata tutela a chi si trovi in condizioni

---

<sup>33</sup> Lungo lo stesso crinale si è mossa poco dopo [Corte cost. n. 7/2021](#) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un'altra disposizione friulana che aveva previsto un requisito di anzianità di residenza quinquennale sul territorio regionale per l'accesso ad una misura di contrasto alla povertà.

<sup>34</sup> Si vedano in senso contrario l'ordinanza della sez. IV del Tribunale di Firenze del 18 marzo 2019 e quella del Tribunale di Bologna del 2 maggio 2019 con le quali i giudici hanno affermato che «la mancata iscrizione ai registri anagrafici impedisce l'esercizio di diritti di rilievo costituzionale ad essa connessi, tra i quali rientrano ad esempio quello all'istruzione e al lavoro» e che il "decreto sicurezza" n. 113 «non contiene un divieto esplicito di iscrizione per i richiedenti asilo, bensì evidenzia come il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce titolo per l'iscrizione all'anagrafe».

<sup>35</sup> Tra i molti commenti alla decisione v. A. BUZZI e F. CONTE, *Cade il divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo del "Decreto Salvini": irrazionale anche nelle intenzioni*, in [laCostituzione.info](#) (30 agosto 2020), C. LAURI, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Verso un "diritto alla città"?* in [ADiM Blog](#) (31 agosto 2020), e N. CANZIAN, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), n. 1/2021 (on line). Non ha potuto fare a meno di recepire simile percorso il d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (c.d. "decreto Lamorgese") che ha ripristinato il diritto all'iscrizione anagrafica anche per il richiedente asilo.

di reale bisogno<sup>36</sup>. La seconda decisione – che Antonio Ruggeri ha considerato se non storica, quantomeno da ricordare per le questioni che pone in tema di “doppia pregiudizialità”<sup>37</sup> – è relativa al mancato riconoscimento dell’assegno per il nucleo familiare per i figli del cittadino straniero non residenti in Italia. La Cassazione aveva adito in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell’Unione europea che aveva risposto con [sentenza 25/11/2020](#), riconoscendo l’incompatibilità della normativa italiana con il diritto UE. Ciò nondimeno la Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale che la Corte dichiara inammissibile, affermando che il rinvio pregiudiziale – come lo definisce ancora Ruggeri «cerniera tra gli ordinamenti» – oltre a rappresentare un raccordo tra giudici nazionali e Corte di Lussemburgo per risolvere eventuali incertezze interpretative, concorre a rafforzare il primato del diritto UE, alla cui attuazione i giudici comuni partecipano secondo il meccanismo del controllo diffuso all’occorrenza disapplicando qualsiasi disposizione del diritto interno contrastante col diritto UE; questo è l’effetto utile dell’art. 267 TFUE. Il ruolo di interprete supremo del diritto UE comporta che le decisioni della Corte di giustizia siano vincolanti anzitutto per il giudice che ha disposto il rinvio<sup>38</sup>.

Di recente altre due decisioni hanno tuttavia rappresentato un forte rallentamento in una giurisprudenza costituzionale per il resto abbastanza lineare, le sentt. nn. [19](#) e [34/2022](#), concernenti due forme di prestazione economica di integrazione del reddito: il reddito di cittadinanza la prima ed il reddito di inclusione la seconda<sup>39</sup>.

Nella decisione [n. 19](#) – quella relativa al reddito di cittadinanza – i giudici costituzionali hanno dichiarato in parte l’inammissibilità ed in parte l’infondatezza delle questioni relative al presunto trattamento discriminatorio degli stranieri in possesso di un permesso di soggiorno di qualunque tipo rispetto agli stranieri con un permesso di soggiorno a tempo indefinito in relazione con le norme della Carta di Nizza, con le disposizioni della CEDU e con una serie di parametri costituzionali. A giudizio della Corte l’aver condizionato il reddito di cittadinanza, quale misura di orizzonte non breve, alla titolarità del diritto di risiedere stabilmente in Italia, non appare un requisito estraneo alla *ratio* della misura, che «non si traduce in un mero contributo economico, bensì costituisce una misura più articolata che comporta anche l’assunzione di specifici impegni da parte dei beneficiari». Pertanto, concludono i giudici, la scelta di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma privi di «radicamento consolidato nel territorio», non può essere giudicata «esorbitante rispetto ai limiti della ragionevolezza».

Gli stessi argomenti sono utilizzati dalla Corte nella [sent. n. 34](#) per respingere le questioni sollevate in ordine alla subordinazione del reddito di inclusione al possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Queste due sentenze si possono senz’altro leggere unitariamente come espressione di un indirizzo tendente a non garantire, per ragioni essenzialmente legate alle “limitate risorse

---

<sup>36</sup> In altri termini, le provvidenze negate ai soggetti esclusi, oltre a costituire un incentivo all’innalzamento demografico, sono misure volte al soddisfacimento di bisogni essenziali del nucleo familiare. Limitarne il riconoscimento ai soli titolari del permesso per soggiornanti UE di lungo periodo, con un reddito almeno pari all’importo dell’assegno sociale e in possesso di un alloggio idoneo, pregiudica paradossalmente proprio chi, per la mancanza di tali condizioni, versa in una situazione economica di maggior bisogno.

<sup>37</sup> A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all’applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), in [Consulta OnLine, 2022/I](#), 359 ss.

<sup>38</sup> Sullo sfondo di questa decisione si staglia ovviamente [Corte cost. n. 269/2017](#), quella sì storica, relativa alla necessità (poi corretta in opportunità) che, nel caso in cui il giudice ritenga la legge al contempo contrastante con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, sia data la precedenza alla questione di legittimità costituzionale in ragione della natura intrinsecamente costituzionale della Carta.

<sup>39</sup> Cfr. i commenti di M. ROMA, [La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili](#), in [Consulta OnLine 2022/III](#), e D. LOPRIENO, [Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale](#), in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2022.

disponibili”, gli stessi diritti per gli stranieri extracomunitari non titolari di permesso di soggiorno di lunga durata.

Tuttavia, ad eccezione di questi casi che mostrano una eccessiva deferenza verso i problemi di bilancio e le ragioni di contenimento della spesa pubblica, il percorso della giurisprudenza costituzionale sembra piuttosto coerente. Un percorso che ha consentito in più di una circostanza – e quelle richiamate sono soltanto alcune – di riorientare l’ordinamento verso la “bussola costituzionale” a fronte di opzioni politiche – tanto nazionali quanto regionali, tanto parlamentari quanto governative – improntate al “*prima gli ...*”, capaci solo di restituire la cifra di classi dirigenti che hanno preferito consegnarsi al sonno della ragione alimentando paure ed egoismi, anziché rendersi protagonisti di scelte coraggiose e lungimiranti.

In conclusione, parafrasando la più celebre citazione della nota attivista Verna Myers – *Diversity is being invited to the party. Inclusion is being asked to dance* – per una società giusta ed inclusiva *non basta essere invitati a una festa; è necessario essere invitati a ballare*. L’inclusione è una scelta politica, ed essa non può che avvenire sul terreno dei doveri e dei diritti.



**Il sovraffollamento carcerario tra narrazione dottrinale, giurisprudenza *contra legem* e disattenzione del legislatore: alcune considerazioni dal punto di vista costituzionale**

SOMMARIO: 1. La persistente utilità di una riflessione sul sovraffollamento degli istituti penitenziari. – 2. Una questione centrale, ma poco considerata: quando un sistema carcerario può dirsi sovraffollato? – 2.1. La determinazione della capienza delle strutture: il criterio nazionale italiano (9+5). – 2.2. I criteri rinvenibili nelle fonti internazionali. – 3. Il sovraffollamento carcerario “grave” quale elemento lesivo di posizioni giuridiche soggettive: la prima fase della giurisprudenza di Strasburgo. – 3.1. L’automatico riconoscimento di un trattamento inumano e degradante in presenza di una superficie media nella cella inferiore a 3 mq. – 3.2. Una giurisprudenza solo apparentemente “*bien établie*”. – 3.3. La Grande Camera riconosce e affronta le divergenze interpretative. – 4. Le difficoltà dalla giurisprudenza italiana nel “tradurre” le regole di giudizio europee. – 4.1. I primi passi della giurisprudenza interna: tra questioni pacifiche e controverse. – 5. La I Sezione Penale non recepisce i principi sanciti dalla Grande Camera di Strasburgo: il concetto di “superficie idonea al movimento”. – 5.1. Le incertezze riguardanti il tipo di letto idoneo a sottrarre spazio utile al movimento. – 6. La valutazione della densità detentiva in caso di consegna del detenuto a un altro Stato. – 7. L’intervento delle Sezioni Unite. – 7.1. L’interpretazione della sentenza Muršić. – 7.2. Un orientamento non pienamente conforme alle regole di giudizio strasburghesi che lascia ancora spazio a divergenze interpretative. – 8. Profili conclusivi.

**ABSTRACT: *The paper addresses the topic of prison overcrowding: in particular, it highlights the influence produced on the jurisprudence of the narrative in the media debate and in the scholars. As the paper will show, a difficulty emerges from Italian jurisprudence in “translating” the European rules of judgment to establish when a system is overcrowded and therefore when the prisoner’s right to be compensated for the violation of the minimum space arises.***

*1. La persistente utilità di una riflessione sul sovraffollamento degli istituti penitenziari*

L’idea di un’analisi in tema di sovraffollamento carcerario nasce dalla constatazione del suo innegabile rilievo nel panorama giuridico contemporaneo, oltre che nel dibattito pubblico in cui, con grande enfasi, viene costantemente affrontato. La presenza nelle carceri di un numero di persone recluse superiore ai posti disponibili – fenomeno che affligge non pochi istituti penitenziari italiani<sup>1</sup>, analogamente a quanto accade in molti altri Paesi dell’Europa continentale<sup>2</sup> – rappresenta infatti un punto osservazionale di significativo interesse nell’approccio ad alcuni temi classici del diritto costituzionale, come pure del diritto penal-punitivo.

Per quanto possa essere archiviato, come talvolta peraltro accade, quale questione di natura pratico-organizzativa e appannaggio dei “tecnici” del diritto penitenziario, il tema della sovrappopolazione carceraria consente di addentrarsi in un percorso di ricerca assai fecondo, poiché

---

\* Anna Lorenzetti è professoressa associata di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Bergamo; Francesco Picozzi, dottore di ricerca in Tecnica legislativa, è Primo dirigente di Polizia penitenziaria, attualmente in servizio presso l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia. Per quanto il lavoro sia frutto di una riflessione condivisa, ad Anna Lorenzetti sono da ricondurre i paragrafi 1 e 8; a Francesco Picozzi i paragrafi 2-7.

<sup>1</sup> Cfr. la statistica intitolata *Detenuti italiani e stranieri presenti e capienze per istituto*, consultabile sul [sito](#) web del Ministero della giustizia, alla sezione *statistiche*.

<sup>2</sup> In tal senso, *ex plurimis*, P. BARZANÒ, *Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 1/2015, 317 ss.

conduce a interrogarsi su alcuni grandi temi del diritto costituzionale. Si pensi a come la vicenda chiami in causa la tenuta del senso costituzionale della pena, a fronte di una detenzione che, in ragione delle condizioni materiali dell'espiazione, sembra porre in tensione la finalità rieducativa che la Costituzione fa propria (art. 27, comma 3). Ma è anche l'intero fascio dei diritti e delle libertà costituzionali a essere interessato dal sovraffollamento, posta la frizione con la Carta costituzionale che può generare un'espiazione in condizioni di sovrappopolazione. Si pensi a come il sovraffollamento inevitabilmente impatti sulle opportunità trattamentali a fronte di una sproporzione numerica, pure in ragione del cronico sottorganico del personale a ciò dedicato. Inoltre, a essere chiamati in causa dall'eccessiva densità detentiva nei penitenziari italiani sono l'assetto ordinamentale nel suo insieme e le opzioni di politica legislativa che, in ambito penitenziario, hanno mostrato uno specifico atteggiarsi; basti in proposito considerare l'impatto sulle scelte e delle scelte del legislatore circa la qualificazione di una condotta come reato e circa, ad esempio, il ricorso alla sanzione detentiva o alle neonate sanzioni sostitutive o ancora a una misura alternativa o alla scelta fra la procedibilità a querela di parte anziché d'ufficio<sup>3</sup>. Al di là dell'aspetto contraddittorio della legislazione per il suo accogliere istanze di pan-penalizzazione, va rilevato come tali aspetti producano un diretto e inesorabile impatto sulla quantità delle persone reclusi, comunque dovendo porsi quale oggetto di indagine in un lavoro di sistematica sul tema alla luce dell'impatto che interventi in senso di incremento di reati<sup>4</sup> e pene<sup>5</sup> producono sul sovraffollamento.

Trattare di sovraffollamento conduce anche a interrogarsi, inevitabilmente, sulla necessità di un complessivo ripensamento della modalità concreta della fase esecutiva, dei suoi elementi di fragilità e delle possibili vie d'uscita, nel tentativo di offrire una risposta ai molti problemi che la realtà pone a studiosi e operatori, a partire dalla composizione sociale della popolazione reclusa. Il dato per cui una percentuale non indifferente reclusi debba espriare pene assai contenute (sotto l'anno o sotto i due anni di pena<sup>6</sup>) chiama in causa la marginalità sociale, evidenziando il potenziale impatto che potrebbero avere interventi di contrasto alla debolezza sociale; ciò vale in una prospettiva sia preventiva, posto che tali azioni potrebbero contribuire a sottrarre le persone più vulnerabili a quella marginalità che spesso conduce a situazioni contigue al crimine, sia successiva, con effetti, ad esempio, sulla mitigazione della densità detentiva laddove volti al sostegno abitativo che spesso, in caso di pene brevi, consente di evitare il carcere.

---

<sup>3</sup> Si pensi al ricorrente tema della depenalizzazione o di un più ampio ricorso alle misure alternative, rispetto a cui però occorre rilevare come l'esecuzione penale sia già in prevalenza esterna al carcere, a differenza di quanto accadeva, ad esempio, dieci anni or sono quando l'espiazione intramuraria era ancora numericamente superiore. Questo è quanto è possibile trarre dalle statistiche del Ministero della Giustizia (in particolare, lo studio «Adulti in area penale esterna», del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità sul [sito](#) web del Ministero della giustizia).

<sup>4</sup> Si pensi, da ultimo, alle fattispecie di reato introdotte dall'art. 8, co. 1, lett. a), del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, conv. con l. 18 dicembre 2020, n. 173, ossia i reati di «Agevolazione ai detenuti e internati sottoposti a particolari restrizioni delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario» (art. 391-*bis* c.p.) e «Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti» (art. 391-*ter* c.p.). Trattandosi di fattispecie che soltanto chi è recluso può compiere, pare immediato l'effetto panpenalista e "carcerogeno" che produrranno. Si pensi ancora al reato di «Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso» (art. 583-*quinquies* c.p., introdotto con il c.d. "Codice Rosso", e in specie dall'art. 12, co. 1, l. 19 luglio 2019, n. 69, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere").

<sup>5</sup> V. l'inasprimento sanzionatorio per il reato di rissa (ex art. 588 c.p.), anche in questo caso a seguito delle modifiche normative introdotte dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173, di conversione del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, che ha previsto una circostanza aggravante nel caso in cui si verifichi la morte di una persona o qualcuno riporti una lesione personale.

<sup>6</sup> L'analisi dei dati restituisce presenze non numericamente indifferenti di persone che devono espriare pene molto basse e per le quali la disponibilità di un alloggio certamente eviterebbe l'ingresso in carcere, imponendo una riflessione che tenga conto anche dei profili sociali. V. ancora le statistiche disponibili sul sito del Ministero della Giustizia.

Accanto a questioni di carattere teorico, trovano inoltre spazio considerazioni pratico-applicative, come ad esempio il perseguimento di più elevati livelli di efficienza nella gestione della *res publica* da parte dell'apparato burocratico e di quello giudiziario, strutture deputate all'amministrazione della giustizia in ogni sua fase, inclusa quella esecutiva attraverso i due Dipartimenti a ciò dedicati<sup>7</sup>.

Trattando di sovraffollamento carcerario, è dunque la complessiva riflessione sul sistema penal-punitivo a doversi collocare in un orizzonte costituzionale, posta la tensione che mette in luce fra garanzia dei diritti della persona reclusa, esigenze sanzionatorie di fatti connotati da disvalore, efficienza e complessiva "tenuta" del sistema. A fronte dell'importanza della questione e dei rilevanti snodi giuridici che la attraversano, occorre tuttavia constatare che le ampie analisi dedicate al tema hanno però spesso trattato solo marginalmente alcuni suoi significativi aspetti. Spesso evocato in termini enfatici, persino riferendosi al termine di "tortura" che ha invece uno specifico portato semantico<sup>8</sup>, il sovraffollamento è infatti stato affrontato non di rado disinteressandosi della messa a fuoco di quelle che ne sono le nozioni caratterizzanti e i parametri assunti per definirlo e spesso senza un reale confronto con posizioni dissonanti da una lettura maggioritaria<sup>9</sup>, profili che di certo non possono considerarsi irrilevanti, posto che dati e statistiche alla mano, a partire dal 1990, si è verificata in Italia una forte crescita della popolazione detenuta.

Come noto, il tema ha attraversato una serie di crisi che, hanno interessato la Corte di Strasburgo alle cui pronunce ([Sulejmanovic del 2009](#) e [Torreggiani del 2013](#)), il decisore pubblico ha provato a contrapporre soluzioni nei termini di riforme legislative e amministrative – inizialmente avviate sotto la pressione della procedura di esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti umani – previste con l'obiettivo di ridurre il congestionamento degli istituti penitenziari o, quantomeno, di mitigarne gli effetti negativi. Tali innovazioni, nonostante il loro carattere rapsodico e non sistematico, hanno condotto alla positiva conclusione in tempi piuttosto rapidi della procedura di infrazione aperta contro l'Italia dinnanzi al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nel 2016. Peraltro, viene rilevato come il processo riformatore abbia successivamente conosciuto delle fasi di stagnazione, momenti di vera e propria "inversione di rotta" e, di recente, una più circoscritta ripresa, dovuta alla necessità di fronteggiare la nota emergenza sanitaria derivante dalla pandemia da Covid-19. Nel tentativo di adeguarsi alle pronunce dei giudici convenzionali, importanti sono state le evoluzioni dal versante della giurisprudenza, per quanto occorra mettere in rilievo il carattere problematico e spesso scorretto delle interpretazioni offerte, nonché la loro incessante trasformazione<sup>10</sup>. Il tutto sino a una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (2021), specificamente investite del compito di risolvere alcuni contrasti interpretativi sorti in materia per la non adesione alle indicazioni rinvenibili nella [sentenza Muršić di Grande Camera](#)<sup>11</sup>. Il tessuto problematico di questa pronuncia, la cui ambizione risolutiva dei conflitti interpretativi era

---

<sup>7</sup> Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità e Dipartimento per l'amministrazione penitenziaria.

<sup>8</sup> Così, F. CASCINI e F. STILLA, *Art. 6*, in F. Fiorentin e F. Siracusano (curr.), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 98 ss., in particolare 101.

<sup>9</sup> Del tema si erano lungamente occupati, già dal 2014, A. ALBANO e F. PICOZZI, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2014, 2672 ss.; IDD., *Contrasti giurisprudenziali in tema di (misurazione dello) spazio detentivo minimo: lo stato dell'arte*, in [Archivio Penale](#), n. 1/2015, 1 ss.; IDD., *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Muršić*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2018, 2875 ss.; IDD., *Il doppio standard della Cassazione in tema di condizioni detentive inumane e degradanti*, in *Cass. pen.*, n. 11/2018, 3641 ss.; IDD., *"Conoscere per deliberare"? Lo strano caso delle statistiche europee sul sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, n. 3/2020, 1369 ss., nonché in *Temi dell'esecuzione penale*, 2020, 51 ss.

<sup>10</sup> V. A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario: Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021, 132 ss.

<sup>11</sup> Corte EDU, G.C., [Muršić c. Croazia, 20 ottobre 2016](#).

piuttosto elevata, emerge con forza nel comporre un quadro esemplificativo di tutti i profili problematici dei temi che scorrono sottotraccia.

Alla luce di tali riflessioni, il presente scritto intende mettere a fuoco la nozione di sovraffollamento e l'evoluzione che la giurisprudenza ha impresso negli anni, non sempre contribuendo a generare chiarezza. Proprio a partire dall'ambiguità della nozione di sovraffollamento carcerario, in ragione dell'assenza di una definizione sul piano normativo interno, ha preso il via una disordinata, caotica e non omogenea modalità di computo dello spazio minimo vivibile che getta un'ombra – *inter alia* – sulla difficoltosa interpretazione delle statistiche di comparazione fra i diversi Stati europei nelle quali l'Italia figura regolarmente in posizioni di retroguardia<sup>12</sup>, nonché quanto alle già richiamate derive terminologiche che si riferiscono alla questione nei termini di "tortura". Tali statistiche, spesso divulgate come prova della permanente crisi del sistema penitenziario italiano, sono però anche l'indizio della criticabile modalità di comunicazione da parte del Consiglio d'Europa, che di certo genera un effetto decisivo nel prefigurare l'urgenza di risposte risolutive all'eccessivo affollamento delle carceri. Visto il carattere plurale delle questioni evocate, saranno in particolare due i profili analizzati, consistenti da un lato, nella configurazione del diritto a non subire trattamenti detentivi inumani o degradanti, in relazione al grave sovraffollamento carcerario alla luce delle più recenti evoluzioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali; dall'altro, nella individuazione dei criteri giuridico-amministrativi di misurazione della capienza, e dunque le modalità di quantificazione dell'affollamento delle strutture detentive.

## 2. Una questione centrale, ma poco considerata: quando un sistema carcerario può dirsi sovraffollato?

Un primo aspetto di certo trascurato nella riflessione dottrinale italiana è costituito da un profilo a ben vedere preliminare a ogni trattazione sul tema. In molti contributi, infatti, si ragiona sulla gravità della sovrappopolazione carceraria e si propongono soluzioni al problema, cercando di "calibrarle" affinché possano avere determinati effetti quantitativi sulla riduzione delle presenze negli istituti; tuttavia, nello sviluppare tali ragionamenti si danno per presupposti e assiomatici i criteri di misurazione del congestionamento delle carceri. Si può ben comprendere come ciò possa generare fraintendimenti di non poco momento, poiché per quanto la vivibilità delle sezioni detentive non possa essere valutata soltanto in base allo spazio disponibile, è di tutta evidenza che il sovraffollamento è innanzitutto un problema quantitativo, che sussiste laddove il numero di persone ristrette in una o più strutture sia superiore alla loro capienza. Il problema è che i criteri per stabilire quale sia la capacità ricettiva degli ambienti detentivi sono molteplici e danno luogo a differenti tipi di sovraffollamento. Pertanto, anche le soluzioni che vengono proposte dagli studiosi o dal legislatore dovrebbero essere concepite e modulate in relazione alla forma di sovrappopolazione che intendono risolvere.

Che in argomento non vi sia sufficiente chiarezza è emerso in questi anni a più riprese, come, ad esempio, dal Rapporto generale del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti (CPT) pubblicato nell'aprile del 2022<sup>13</sup>. Il Comitato, infatti, muovendo dall'idea che per risolvere il problema si debba iniziare dalla precisa determinazione del

---

<sup>12</sup> V. i rapporti annuali SPACE, acronimo di *Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*.

<sup>13</sup> CPT, *31° Rapporto Generale (1° gennaio - 31 dicembre 2021)*, Strasburgo, aprile 2022, che dedica un intero capitolo all'annosa questione della lotta al sovraffollamento carcerario, da § 84 a § 107. Per un commento in proposito, sia consentito rinviare a F. PICOZZI, *Il sistema carcerario italiano di fronte alle "sfide" del CPT sul sovraffollamento*, in *Cass. pen.*, n. 12/2022, 4175 ss.

livello di occupazione delle strutture detentive, ha invitato gli Stati membri del Consiglio a utilizzare una misura comune e oggettiva per determinare lo spazio di vita minimo da garantire a ciascun detenuto, così da rendere chiaro quale sia il reale tasso di occupazione in ciascuna cella, istituto e sistema penitenziario nazionale nel suo insieme; il che lascia intendere come, allo stato, ciò ancora non avvenga. Non deve, quindi, darsi per scontato che il livello di occupazione delle carceri venga ordinariamente misurato in maniera oggettiva, e magari uniforme a livello internazionale, dando luogo a risultati inequivocabili. Al contrario, siamo di fronte a «un concetto solo apparentemente assiomatico»<sup>14</sup>, poiché, da un lato, non esiste un criterio vincolante europeo di calcolo della capienza degli istituti e, quindi, dei sistemi carcerari, dall'altro, coesistono in ciascun ordinamento standard nazionali – talvolta molteplici e non necessariamente geometrici – con regole sovranazionali di variamente precise e vincolanti.

### 2.1. La determinazione della capienza delle strutture: il criterio nazionale italiano (9+5)

In Italia, come più volte evidenziato anche dalla Corte di cassazione<sup>15</sup>, la quantificazione dello spazio da garantire a ciascun detenuto all'interno della camera di pernottamento non è operata da atti normativi<sup>16</sup>. Infatti, né l'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) né il relativo regolamento di attuazione (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) individuano la superficie intramuraria pro capite, limitandosi la legge a stabilire che i «locali nei quali si svolge la vita» delle persone detenute «devono essere di ampiezza sufficiente», mentre i «locali destinati al pernottamento» devono consistere «in camere a uno o più posti»<sup>17</sup>. Dunque, come da tempo sottolineato in dottrina, «i parametri di riferimento per determinare le caratteristiche dei locali» detentivi non sono «quantificati», ma si richiamano «a criteri di normalità» collegati «ad un metro di natura metagiuridica», da desumersi «in relazione agli avanzamenti dei livelli di vita raggiunti dalla società esterna»<sup>18</sup>.

Muovendosi in questa prospettiva, alla fine degli anni '80 del secolo scorso, l'amministrazione penitenziaria, con propria circolare<sup>19</sup>, ha stabilito dei nuovi criteri, migliorativi rispetto a quelli precedentemente in uso<sup>20</sup>, per definire le superfici e le capienze delle camere di pernottamento. A tal fine ha ripreso quanto previsto da un decreto del Ministero della Sanità del 1975 relativo all'«altezza minima e ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali» delle abitazioni civili<sup>21</sup>, il quale stabilisce che le camere da letto singole debbano avere una superficie di 9 mq, mentre quelle doppie di 14 mq<sup>22</sup>. «Considerata la nostra struttura familiare il decreto non offre indicazioni ulteriori, ma

---

<sup>14</sup> *Amplius*, sul punto A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il sovraffollamento carcerario: un concetto solo apparentemente assiomatico*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, cit., 183 ss.

<sup>15</sup> V., tra le altre, C. Cass., Sez. I, sent. 27 novembre 2014, n. 53011.

<sup>16</sup> A parere di G. CHIOLA, *Il sistema carcerario italiano. Profili costituzionali*, Torino, 2020, 96, in tal modo l'art. 6 ord. penit. «non specifica la cosa più importante» in materia di ambienti detentivi.

<sup>17</sup> Art. 6, co. 1 e 3, ord. penit.

<sup>18</sup> Cfr. G. DI GENNARO, R. BREDI e G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 68 ss.

<sup>19</sup> Cfr. circolare 17 novembre 1988, n. 649773/1.5.28, *Rilevamento dati istituti penitenziari*.

<sup>20</sup> Cfr. l'articolato sistema previgente, approvato «fino dal 1890 dal Consiglio superiore di sanità in rapporto alla cubatura e alla superficie» degli ambienti di detenzione, allora distinti in: celle, cubicoli e camerotti. Così, l'allora Direttore Generale degli istituti di prevenzione e pena G. NOVELLI, *Penitenziari, sistemi*, in *Enc. it.*, Roma, 1935 ([online](#)).

<sup>21</sup> F. VITELLO, *Art. 6*, in V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa (curr.), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 1997, 75, affermazione successivamente ribadita da D. VERRINA, *Art. 6*, in V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa (curr.), *Ordinamento penitenziario commentato*, t. I, IV ed., Padova, 2011, 123. L'atto regolamentare cui si fa riferimento è il Decreto del Ministero della Sanità, 5 luglio 1975, *Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno 1896, relativamente all'altezza minima ed ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali di abitazione*.

<sup>22</sup> Art. 2, co. 2, Decreto del Ministero della Sanità 5 luglio 1975, *Modificazioni alle istruzioni ministeriali 20 giugno*

essendo la differenza tra stanza per uno e stanza per due di 5 metri quadrati, si ritiene che, fermi i 9 metri iniziali, ogni posto in più nelle celle multiple debba comportare l'incremento di 5 metri quadrati»<sup>23</sup>, dando forma al c.d. criterio del "9 + 5"<sup>24</sup>.

Tali superfici non vengono considerate giuridicamente cogenti nemmeno dalla stessa amministrazione penitenziaria<sup>25</sup> che, per lungo tempo, ha utilizzato la disposizione anzidetta non solo per stabilire la capienza "ottimale" delle celle, ma anche per calcolare una capienza "tollerabile", «individuata, orientativamente, nel doppio»<sup>26</sup>. La presenza di due criteri diversi per determinare la capienza delle celle e, quindi, degli istituti di pena, può non stupire; tuttavia, tale prassi è stata fatta segno talora di riserve<sup>27</sup>, talaltra di radicali critiche<sup>28</sup> espresse con varietà di argomenti<sup>29</sup>. Il che ha indotto l'autorità amministrativa, circa dieci anni orsono, ad abbandonare il calcolo della capienza "tollerabile"<sup>30</sup>, mantenendosi solo quella "ottimale", che però nel frattempo è stata ridenominata capienza "regolamentare", in base alla quale una camera singola è di 9 mq, ai quali vanno aggiunti 5 mq per ogni ulteriore posto. In tal modo, si opera il computo della capacità complessiva del sistema penitenziario italiano, il cui risultato viene periodicamente pubblicato dal Ministero della giustizia<sup>31</sup>, e si calcola altresì il sovraffollamento carcerario, che consiste in un numero di presenze superiore rispetto alla capienza così determinata<sup>32</sup>. A livello statistico, l'adozione dei parametri sin qui descritti, peraltro, contribuì a provocare un brusco calo della capacità ricettiva del sistema penitenziario italiano; infatti, tra il 1987 e il 1988, questa scese di quasi dieci mila posti, per la precisione da 39.139 a 29.560, così dando luogo, in quel momento, a una situazione di sovraffollamento derivante dalla mera modifica del criterio di computo della capienza<sup>33</sup>.

---

1896, relativamente all'altezza minima e ai requisiti igienico-sanitari principali dei locali di abitazione.

<sup>23</sup> Così G. TAMBURINO, *Il carcere nel 2014: verso il superamento dell'emergenza*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 1-2/2014, 39.

<sup>24</sup> Ciò comporta che la superficie regolamentare pro capite sia di 9 mq per le singole, di 7 mq per le doppie, di 6,33 mq per le triple, di 6 mq per le quadruple e così via. Insomma, la base di calcolo dello spazio carcerario diminuisce man mano che aumenta il numero di persone occupanti la cella, non potendo naturalmente mai scendere sotto i 5 mq pro capite.

<sup>25</sup> Cfr. DAP, Comunicato stampa del 2 aprile 2014, ove si definisce il parametro in discorso «stabilito convenzionalmente dal Decreto del Ministero della salute 5 luglio 1975».

<sup>26</sup> Così, F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta e proposte di intervento*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 1/2013, t. II, 3.

<sup>27</sup> Cfr. G. TAMBURINO, *Il carcere nel 2014*, cit., 39 ss., il quale, evidenziando la parziale evanescenza del concetto, spiega che «[s]i parla di "capienza tollerabile" quando si rimane all'interno della forbice tra la capienza regolamentare e il limite estremo» e colloca l'origine del concetto nelle «situazioni di affollamento» che «spingono a restringere lo spazio regolamentare per far fronte alla pressione detentiva».

<sup>28</sup> In dottrina, v. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, tra gli altri in [Diritto Penale Contemporaneo](#), aprile 2014, 10, che definisce la capienza tollerabile come «criterio empirico e dall'incerta unità di misura» e lo considera di «sicura illegittimità». Si veda anche Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2019*, 58, secondo cui la «stravagante distinzione» tra capienza ottimale e tollerabile «è prevista in pochissimi altri Paesi e colpisce che il concetto di "tollerabilità", semanticamente soggettivo, possa essere applicato da un'Autorità amministrativa e con valenza oggettiva».

<sup>29</sup> Cfr., tra gli altri, A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, n. 3/2011, 1281, il quale ritiene che la capienza "tollerabile", «più che misurare il sovrappopolamento, tende viceversa a "rincorgerlo" e, in qualche modo, a ridimensionarlo e a giustificarlo».

<sup>30</sup> Così A. ALBANO e F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2014, 2401.

<sup>31</sup> Sul [sito](#) web del Ministero della giustizia.

<sup>32</sup> In tal senso F. CASCINI, *Analisi della popolazione detenuta*, cit., 3.

<sup>33</sup> Ministero di grazia e giustizia, *Libro bianco – I dati essenziali del sistema penitenziario italiano in cifre*, Roma, 1993, 221, ove si precisa che il «brusco calo» descritto nel testo «è dovuto in parte alla soppressione di alcuni istituti con D.M. 23 novembre 1988, ma soprattutto alla ridefinizione della capienza sulla base di decreti del Ministro della Sanità».

## 2.2. I criteri rinvenibili nelle fonti internazionali

Anche nelle fonti internazionali si parla di “sovraffollamento”, ma con riferimento a situazioni ben diverse da quella, appena descritta, del mancato rispetto delle capienze regolamentari secondo il criterio “9+5”. Si pensi, innanzitutto, ai casi che la Corte EDU, in base alle regole giurisprudenziali da essa elaborate, considera trattamenti inumani e degradanti ai sensi dell’art. 3 della Convenzione. Come meglio vedremo, la Corte di Strasburgo ritiene che la grave sovrappopolazione carceraria possa, di per sé, violare il fondamentale divieto di cui al citato art. 3 CEDU; a tal fine, ha elaborato delle regole di giudizio suscettibili in qualche misura di costituire criteri generali ed astratti indicativi di limiti minimi da garantire a ciascuna persona detenuta (sul punto torneremo diffusamente in seguito); per quanto ora interessa, è ormai molto noto il riferimento a una superficie minima pari a 3 mq pro capite nella cella.

Emerge così la coesistenza di due diversi criteri di calcolo della capienza delle strutture detentive e, quindi, dell’eventuale sovraffollamento – uno elaborato dalla Corte di Strasburgo e incentrato sui “3 mq” pro capite, l’altro individuato dall’amministrazione penitenziaria e racchiudibile nella formula dei “9+5 mq” – accomunati dal fatto di essere riferiti alla superficie delle sole camere detentive, senza attribuire rilievo a quella degli spazi comuni. Essi differiscono sotto due fondamentali punti di vista: in primo luogo, sono diversi per l’efficacia giuridica, poiché solo la violazione del canone elaborato dal giudice della Convenzione può essere fatta valere in giudizio da parte dell’interessato, costituendo un trattamento inumano e degradante<sup>34</sup>; in secondo luogo, divergono quanto a dimensioni, considerato che per il criterio “italiano” una cella di 18 mq è capace di due posti regolamentari, mentre ai sensi della giurisprudenza convenzionale può legittimamente ospitarne fino a sei, senza di per sé dare luogo a lesioni dei diritti umani dipendenti dalla mancanza di spazio<sup>35</sup>.

È poi interessante ricordare i criteri di misurazione della capienza delle strutture detentive proposti dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura (in sigla, CPT). Quest’ultimo, nel 2015, ha adottato un documento riepilogativo dei propri *standard* sullo “spazio vitale” minimo da garantire a ciascuna persona ristretta all’interno delle celle<sup>36</sup>, che fino ad allora erano disseminati nei rapporti indirizzati ai singoli Stati<sup>37</sup>, così generando una certa confusione<sup>38</sup>. Con il documento del 2015, il CPT ha promosso parametri più elevati rispetto al passato; infatti, fino ad allora, aveva ritenuto adeguate superfici minime di 6 mq per una cella singola e di 4 mq per ogni persona nelle camere a più posti (quindi 8 mq per una doppia, 12 mq per una tripla e così via); invece, secondo il

---

<sup>34</sup> C. cass., Sez. I, sent. 19 dicembre 2013, n. 5278, in *Cass. pen.*, n. 4/2014, 1197 ss. nella quale si afferma che «il giudice del reclamo» – adito dal detenuto che lamenta una «sottoposizione a trattamento inumano o degradante» dovuta all’esiguità dello spazio intramurario – opera la propria valutazione «esclusivamente alla stregua dei canoni e degli standard giurisprudenziali [della Corte EDU], in difetto di alcuna disposizione normativa e tampoco codicistica». Nel senso di attribuire rilievo soltanto «al limite dei 3 mq» v. anche C. cass., Sez. I, sent. 27 settembre 2013, n. 42901, in [Persona e Danno](#), 3 novembre 2013.

<sup>35</sup> Così, l’Italia calcola la complessiva capacità ricettiva del sistema detentivo secondo un parametro più elevato di quello utilizzato dalla Corte EDU, come riconosciuto dall’allora Guardasigilli Annamaria Cancellieri nel corso dell’incontro con il Segretario Generale del Consiglio d’Europa Thorbjorn Jagland tenutosi a Strasburgo il 4 novembre 2013, sul [sito web](#) del Ministero della giustizia.

<sup>36</sup> Si tratta del documento denominato *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, CPT/Inf (2015) 44, 15 dicembre 2015. Per un commento “a prima lettura” di tale documento cfr. A. ALBANO e F. PICOZZI, *Buone nuove da Strasburgo: il CPT amplia i criteri sullo spazio vitale in carcere, ma l’Italia è già avanti*, in [Persona e Danno](#), 24 gennaio 2016.

<sup>37</sup> In tal senso si esprime la stessa [Corte EDU, sent. 12 dicembre 2013, Khuroshvili c. Grecia, n. 58165/10](#), § 82.

<sup>38</sup> Non sono mancati, fra gli osservatori, tentativi di ordinare tali criteri. Ad es., J. MURDOCH, *Le traitement des détenus: critères européens*, Editions du Conseil de l’Europe, Strasburgo 2007, 228, che sintetizza, sia pure con un’inevitabile approssimazione, i seguenti *standard* minimi: 6 mq per le celle singole, 9 mq per le doppie e, per le celle multiple (dalla tripla in poi), 4 mq per detenuto.

nuovo e più ampio *standard* del 2015, fermi restando i 6 mq previsti per una singola, occorrerà aggiungere 4 mq per ogni ulteriore persona assegnata alla cella. Ne deriva una superficie di 10 mq per una camera doppia, 14 mq per una tripla e 18 mq per una quadrupla, evitando il ricorso a dormitori che ospitino più di quattro persone e senza computare in queste superfici l'area dei servizi igienici<sup>39</sup>.

Naturalmente, stante la natura del Comitato, si tratta di parametri minimi "auspicabili" e non giuridicamente cogenti, come invece si presentano quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU; tuttavia, riprendendo l'esempio precedente, può dirsi che secondo il criterio "6+4 mq", una camera di 18 mq a livello statistico offre quattro posti regolamentari, per la giurisprudenza convenzionale sei, mentre soltanto due secondo il criterio "9+5" italiano.

Ampliando lo sguardo al di fuori del Vecchio Continente, particolare menzione meritano gli standard promossi dal Comitato internazionale della Croce Rossa con il manuale *Acqua, servizi igienico-sanitari, igiene e habitat nelle carceri*, secondo il quale «lo spazio minimo raccomandabile per detenuto nei dormitori [stanze multiple] è 3,4 m<sup>2</sup>», mentre per una cella singola è 5,4 mq. Se uno Stato decidesse di adottare tale criterio, nelle proprie statistiche potrebbe indicare come idonea per cinque posti una camera detentiva di 18 mq<sup>40</sup>.

Si comprende, quindi, come, ogni qualvolta si parli di "sovraffollamento", sia necessario chiarire a quale declinazione di tale concetto si faccia riferimento, diversamente rischiandosi ambiguità e confusione<sup>41</sup>. E si comprende altresì come i confronti internazionali sull'argomento dovrebbero essere evitati o, quantomeno, condotti con la massima cautela, stante l'assenza di un criterio internazionale vincolante (anche solo a livello europeo) di determinazione della capacità ricettiva delle strutture detentive<sup>42</sup>.

### 3. Il sovraffollamento carcerario "grave" quale elemento lesivo di posizioni giuridiche soggettive: la prima fase della giurisprudenza di Strasburgo

L'idea che il grave sovraffollamento carcerario possa configurare una lesione dei diritti della persona detenuta, sotto forma di violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 della Convenzione EDU, si è affermata solo gradualmente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Pertanto, per chiarire quali siano gli specifici criteri di determinazione dello spazio "vitale" o "minimo", occorre ripercorrere sinteticamente le principali tappe dell'ormai pluridecennale evoluzione della giurisprudenza convenzionale. Nel corso del tempo, infatti, la Corte alsaziana ha via via affinato le proprie regole di giudizio da applicare ai casi concreti, dando vita a un

---

<sup>39</sup> V. documento del CPT del 15 dicembre 2015, CPT/Inf (2015)44, *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*, § 12-18. Per prassi consolidata, il CPT ha, peraltro, sempre considerato le superfici al lordo della mobilia. Cfr. M. PALMA, *I riflessi interni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'esecuzione delle pene*, *Lectio Magistralis*, presso la [Scuola Superiore della Magistratura](#) nel corso di formazione *I rimedi risarcitori ex art. 35-ter*.

<sup>40</sup> Cfr. il manuale *Acqua, servizi igienico-sanitari, igiene e habitat nelle carceri*, Croce Rossa, Ginevra 2013, 18, secondo il quale «lo spazio minimo raccomandabile per detenuto nei dormitori [stanze multiple] è 3,4 m<sup>2</sup>», mentre per una cella singola è 5,4 mq. Lo studio della Croce Rossa – completato da una *Guida supplementare (Water, Sanitation, Hygiene and Habitat in Prisons. Supplementary Guidance)* – in assenza di uno standard universale, riveste un significativo rilievo su scala globale ed è, pertanto, richiamato dalle Nazioni Unite in UNODC, *Manuale sulle strategie di riduzione della sovrappopolazione carceraria*, Vienna, 2013, 10.

<sup>41</sup> Per uno dei primi studi sul punto, sia consentito rinviare a A. ALBANO e F. PICOZZI, *Gli incerti confini*, cit.; per un'efficace sintesi giornalistica della questione, si veda I. TABUSSO, *Sovraffollamento delle carceri, quali regole seguire?* in [il Fatto Quotidiano.it](#), 9 ottobre 2014.

<sup>42</sup> Per l'indicazione di ulteriori elementi che, allo stato, rendono poco attendibili i confronti internazionali si rinvia a A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il sovraffollamento carcerario: un concetto solo apparentemente assiomatico*, cit., 203 ss.

«percorso giurisprudenziale contrassegnato da non poche incertezze»<sup>43</sup> che, solo in anni recenti, sembra essersi assestato intorno ad alcuni criteri fondamentali.

In origine, la Corte era restia a riconoscere la violazione dell'art. 3 CEDU in base a doglianze concernenti le cattive condizioni materiali di privazione della libertà personale<sup>44</sup>. Tale restrittiva impostazione venne però superata agli inizi del nuovo millennio<sup>45</sup>, aprendo la strada al riconoscimento del sovraffollamento carcerario grave fra gli elementi che pongono di per sé un problema di compatibilità con il divieto di trattamenti inumani e degradanti<sup>46</sup>.

Nonostante ciò, la Corte strasburghese, da un lato, evitò per lungo tempo «di fornire una misura precisa e definitiva dello spazio personale che deve essere attribuito a ciascun detenuto secondo la Convenzione»<sup>47</sup>, ritenendo la valutazione dipendente «da numerosi fattori, quali la durata della privazione della libertà, le possibilità di accesso all'aria aperta o la condizione mentale o fisica del detenuto»<sup>48</sup>. Dall'altro, pur affermando la regola di giudizio per cui la seria carenza di spazio detentivo può di per sé integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, in particolare laddove il ricorrente disponga di una superficie media nella cella inferiore a 3 mq<sup>49</sup>, a ben vedere evitò di farne concreta applicazione, non assumendo tale criterio come esclusivo, ma soltanto concorrente con altri fattori<sup>50</sup>; così come comprovato da numerose sentenze anteriori al 2009, nelle quali la grave esiguità degli spazi disponibili nelle celle non costituiva mai l'unica forma di maltrattamento, ma si accompagnava sempre ad altre, assai negative, condizioni di vita intramuraria<sup>51</sup>.

Oltre a quanto si dirà a breve, un punto di svolta significativo nell'evoluzione della giurisprudenza strasburghese è rappresentato da una sentenza-pilota del gennaio 2012<sup>52</sup>, con la quale la Corte condannò la Federazione Russa, rilevando la sistematicità del problema del sovraffollamento nelle sue carceri<sup>53</sup>. In questa pronuncia la Corte introdusse una griglia di tre criteri per valutare la compatibilità con l'art. 3 CEDU delle condizioni detentive oggetto di ricorso: il c.d. *Ananyev test*. I tre criteri sono i seguenti: presenza per ogni persona di un posto individuale per dormire; disponibilità di almeno 3 mq di superficie pro capite; una superficie complessiva della cella tale da garantire la possibilità di muoversi liberamente fra gli arredi. La Corte precisò di ritenere necessaria la soddisfazione di tali requisiti in maniera cumulativa, generando l'assenza di uno qualunque di essi una "forte presunzione" di trattamento inumano o degradante che spetta poi allo Stato resistente ribaltare.

---

<sup>43</sup> Così, F. GRAZIANI, *Le "nostre prigionie" a cinque anni dalla sentenza Torreggiani*, in *Foro Europa*, 2018, 2.

<sup>44</sup> V. J.P. DUROCHÉ-P. PEDRON, *Droit pénitentiaire*, III ed., Parigi, 2016, 68.

<sup>45</sup> Invero, secondo D. RANALLI, *Nuovi interventi della Corte europea dei Diritti dell'Uomo in materia di trattamento carcerario*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 2/2013, 159, la [sentenza di Grande Camera 26 ottobre 2000, Kudla c. Polonia, n. 30210/96](#), aprì «ad una tutela più ampia, consacrando esplicitamente il diritto a delle condizioni di detenzione rispettose della dignità della persona».

<sup>46</sup> J.P. DUROCHE-P. PEDRON, *Droit pénitentiaire*, cit., 69.

<sup>47</sup> A. TAMIETTI, M. FIORI, F. DE SANTIS DI NICOLA, D. RANALLI e V. LEDRI, *Note a margine della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Torreggiani e altri*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 1/2013, 50.

<sup>48</sup> Cfr. [Corte EDU, Sez. I, Trepashkin c. Russia, sent. 19 luglio 2007, n. 36898/03](#), § 92.

<sup>49</sup> V. [Corte EDU, Sez. I, Aleksandr Makarov c. Russia, sent. 12 marzo 2009, n. 15217/07](#), § 93.

<sup>50</sup> Cfr. la nota *Opinione dissenziente* del Giudice Zagrebelsky, alla quale aderì anche la Giudice Jociene, allegata a [Corte EDU, Sez. II, sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03](#). Tali condivisibili osservazioni del Giudice italiano sono state per certi versi sottovalutate, soprattutto nel nostro Paese; se ne può apprezzare il pieno significato solo esaminando le motivazioni da cui emergono le *rationes decidendi* delle pronunce in materia.

<sup>51</sup> Per una ricostruzione in proposito, sia consentito rinviare a F. PICOZZI, *La densità detentiva sul piano sovranazionale*, in A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, cit., 65-69.

<sup>52</sup> In tal senso, in dottrina, A. ALBANO, *Prime osservazioni sulla sentenza 20 ottobre 2016 della Corte europea dei diritti dell'uomo in Muršić c. Croazia: un caso icastico*, in *Rass. penit. e crimin.*, n. 3/2015, 153.

<sup>53</sup> [Corte EDU, sent. 12 gennaio 2012, Ananyev e altri c. Russia, nn. 42525/07 e 60800/08](#).

### 3.1. L'automatico riconoscimento di un trattamento inumano e degradante in presenza di una superficie media nella cella inferiore a 3 mq

Le due note condanne del Governo italiano nei [casi Sulejmanovic del 2009](#)<sup>54</sup> e [Torreggiani del 2013](#)<sup>55</sup> evidenziano in proposito un'impostazione differente rispetto a quella sino ad allora seguita. Infatti, nel primo dei due casi la Corte – sia pure con un percorso argomentativo peculiare e, a tratti, tortuoso – accolse parzialmente il ricorso di una persona detenuta sulla sola ed esclusiva base dell'insufficienza della superficie intramuraria<sup>56</sup>. I giudici strasburghesi, invero, avevano accertato che le condizioni generali di vita all'interno dell'istituto penitenziario di Roma-Rebibbia non si presentavano in contrasto con l'art. 3 della Convenzione<sup>57</sup>. Tuttavia, nonostante il sovraffollamento complessivo nell'istituto penitenziario romano non avesse «raggiunto proporzioni drammatiche», la Corte affermò che la disponibilità nella cella di una superficie pro capite inferiore a 3 mq fosse talmente esigua da costituire, di per sé, una violazione dell'art. 3 CEDU e accolse il ricorso rispetto al periodo, di oltre due mesi e mezzo, in cui Sulejmanovic aveva avuto a sua disposizione soltanto 2,7 mq di superficie media nella cella<sup>58</sup>. Per gli altri periodi di detenzione, respinse le doglianze, avendo verificato la disponibilità di uno spazio variabile fra i 3,24 e i 4,50 mq, in assenza di altre carenze nelle condizioni generali di vita<sup>59</sup>.

Dunque, la [sentenza Sulejmanovic](#) costituisce una delle prime ipotesi di concreta attuazione della regola di giudizio per cui la disponibilità di uno spazio medio inferiore alla soglia dei 3 mq, a prescindere dalla sussistenza di altri elementi negativi, è di per sé sufficiente a integrare un trattamento inumano e degradante e dunque una violazione della CEDU. Proprio in questo aspetto risiede il rilievo di tale pronuncia. Invero, per quanto la Corte lasciasse intendere di avere semplicemente seguito la propria giurisprudenza già consolidata sul punto, richiamando numerosi precedenti dove, a parere del collegio, la carenza di spazio personale per le persone recluse era talmente evidente da giustificare di per sé la violazione dell'art. 3 CEDU<sup>60</sup>, appare assai più convincente il parere contrario allora espresso dal giudice italiano Zagrebelsky, secondo il quale la [sentenza Sulejmanovic](#) costituiva in realtà un deciso scostamento dai precedenti giurisprudenziali richiamati dalla stessa Corte.

Nel successivo e notissimo [caso Torreggiani ed altri](#)<sup>61</sup>, la Corte di Strasburgo confermò la centralità nelle proprie valutazioni dell'esiguità dello spazio vitale concesso ai ricorrenti, riaffermando l'automatismo fra disponibilità di una superficie media nella cella inferiore a 3 mq e violazione dell'art. 3 CEDU<sup>62</sup>. Nel [caso Torreggiani](#), tuttavia, la censura fu più grave, rispetto alla

---

<sup>54</sup> [Corte EDU, Sez. II, sent. 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03.](#)

<sup>55</sup> [Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, nn. 43517/09, 55400/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.](#)

<sup>56</sup> [Corte EDU, Sulejmanovic c. Italia](#), cit.

<sup>57</sup> Il ricorrente godeva di una considerevole libertà di movimento nella struttura, potendo quotidianamente trascorrere fuori dalla cella otto ore e cinquanta minuti; non lamentava problemi relativamente al riscaldamento, alla qualità dell'assistenza sanitaria, alla disponibilità dei servizi igienici né presentava ripercussioni per le condizioni detentive sul suo stato di salute. [Ivi](#), §§ 47-48.

<sup>58</sup> [Ivi](#), § 43.

<sup>59</sup> Sembra quindi condivisibile il titolo di uno dei primi commenti alla sentenza in discorso, che circoscriveva con precisione la ragione di un accoglimento del ricorso soltanto parziale. Il riferimento è a N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. pen.*, n. 12/2009, 4928.

<sup>60</sup> V. [Corte EDU, Sulejmanovic c. Italia, cit.](#), § 11, dove letteralmente si evidenzia che «*le manque d'espace personnel pour les détenus était tellement flagrant qu'il justifiait, à lui seul, le constat de violation de l'article 3*».

<sup>61</sup> [Corte EDU, sent. Torreggiani e altri c. Italia](#), cit.

<sup>62</sup> [Ivi](#), § 68.

vicenda [Sulejmanovic](#), dal punto di vista della ricostruzione dei fatti sottoposti al giudizio della Corte. Ciò, in primo luogo, sotto il profilo “quantitativo”, poiché furono accolti ben sette ricorsi, riguardanti le condizioni di vita intramuraria negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e Piacenza. In secondo luogo, sotto il profilo “qualitativo”, in quanto «la grave mancanza di spazio», era stata «ulteriormente aggravata da altri trattamenti» negativi, quali la prolungata mancanza d’acqua calda in entrambi gli istituti», nonché «l’insufficienza di luce e ventilazione nelle celle della prigione» di Piacenza, fattori che, «pur non costituendo in sé un trattamento inumano e degradante», avevano cagionato ai ricorrenti «una sofferenza supplementare»<sup>63</sup>. In aggiunta, i maltrattamenti si erano protratti per periodi assai più lunghi rispetto al [caso Sulejmanovic](#), poiché, a seconda dei casi, i ricorrenti erano stati ristretti in celle di 9 mq da condividere fra tre persone detenute, dunque con una superficie media pro capite di 3 mq, per periodi che andavano dai 14 ai 54 mesi<sup>64</sup>.

Non è chiaro se il quadro delle condizioni detentive ricostruito nella [sentenza Torreggiani e altri](#) fosse davvero corrispondente alla realtà dei fatti oppure dipendesse anche dalla difesa del Governo italiano, ritenuta lacunosa dai giudici di Strasburgo. Infatti, se è vero che non vi era contestazione circa il fatto che tre dei ricorrenti avessero occupato celle di 9 mq dividendole con altre due persone<sup>65</sup>, le versioni delle parti divergevano riguardo alla metratura avuta a disposizione dagli altri quattro detenuti<sup>66</sup>. Rimarcando il fatto che il Governo non aveva fornito alcun documento e si era limitato a contestare le affermazioni di controparte, la Corte decise sulla base di quanto allegato dei ricorrenti<sup>67</sup>. Invero, secondo un criterio consolidato nella giurisprudenza convenzionale<sup>68</sup>, la posizione di particolare vulnerabilità delle persone private della libertà consente una applicazione non rigorosa del principio dell’onere probatorio<sup>69</sup>.

Il rilievo da riconoscere alla [pronuncia Torreggiani](#) è pure da ricondurre alla sua veste di sentenza-pilota. Infatti, il collegio constatò che i casi sottoposti al suo giudizio non erano isolati, poiché numerosi ricorsi pendevano a Strasburgo sul medesimo oggetto; tale constatazione, unita al fatto che il tasso di affollamento delle strutture penitenziarie italiane fosse del 148%, era sintomatico di un sovraffollamento carcerario di «carattere strutturale e sistemico»<sup>70</sup>. Pertanto, con il consenso del nostro Governo, la Corte – anche «per evitare di essere ingolfata da cause seriali provenienti dall’Italia»<sup>71</sup> – fece ricorso alla citata procedura della sentenza-pilota<sup>72</sup>. Il Collegio, quindi, dispose per un anno la sospensione della trattazione di tutti i ricorsi provenienti da soggetti sottoposti alla giurisdizione interna, aventi come solo oggetto il sovraffollamento carcerario, nell’attesa dell’adozione, da parte delle autorità italiane, di misure tese a decongestionare gli istituti penitenziari,

---

<sup>63</sup> [Ivi](#), § 77.

<sup>64</sup> [Ivi](#), § 76.

<sup>65</sup> Si trattava dei ricorrenti detenuti presso il carcere di Busto Arsizio (v. § 70).

<sup>66</sup> Anche tale rilievo riguardava il solo istituto di Piacenza.

<sup>67</sup> [Ivi](#), § 71.

<sup>68</sup> In proposito, cfr. P. PUSTORINO, Art. 3, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (curr.), *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Padova, 2012, 76 ss.

<sup>69</sup> [Corte EDU, Torreggiani ed altri c. Italia](#), cit., § 72. In simili casi, infatti, è solo il Governo a poter disporre di documenti essenziali nel giudizio quali registri e planimetrie del carcere, non potendo dunque semplicemente contraddire le tesi del ricorrente senza produrre alcun elemento a sostegno delle proprie posizioni.

<sup>70</sup> [Ivi](#), §§ 87. La Corte, peraltro, si disse «frappée» (cioè colpita) per l’elevata percentuale di persone in attesa di giudizio (pari al 40%) presenti nei nostri istituti penitenziari.

<sup>71</sup> Così, A. GUZZAROTTI, *La CEDU e l’Italia: sui rischi dell’ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, n. 4/2013, 3662.

<sup>72</sup> Sulle cui caratteristiche v., tra gli altri, P. SIMONE, *Decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo e ordinamento giuridico nazionale: gli effetti delle “sentenze pilota”*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 2/2014, 134 e 136. Sul punto cfr. altresì D. RANALLI, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. pen. e crimin.*, n. 3/2014, 156.

nonché di rimedi volti ad assicurare alle persone detenute una tutela – preventiva e compensativa – per i casi di condizioni inumane o degradanti<sup>73</sup>.

Quanto alle modalità di risoluzione del problema da parte dello Stato italiano, la Corte segnalò la propria incompetenza a individuare in concreto le misure utili a ridurre la sovrappopolazione carceraria. Essa, tuttavia, non si mantenne completamente neutrale sugli obiettivi da perseguire poiché, senza perorare l'adozione di provvedimenti di clemenza generale, lasciò intendere una tendenziale preferenza per meccanismi di riduzione della popolazione carceraria, piuttosto che di incremento della capienza del sistema penitenziario<sup>74</sup>. Infatti, i giudici di Strasburgo chiarirono che «quando lo Stato non è in grado di garantire [...] condizioni detentive conformi all'art. 3 della Convenzione» va incoraggiato a «ridurre il numero delle persone ristrette», sia aumentando le misure alternative al carcere, sia limitando il ricorso alla custodia cautelare<sup>75</sup>.

### 3.2. Una giurisprudenza solo apparentemente “bien établie”

All'indomani della [sentenza Torreggiani](#) si diffuse, quantomeno in Italia, la prematura convinzione che in tale occasione la Corte EDU si fosse limitata ad applicare principi ormai consolidati nella propria giurisprudenza<sup>76</sup>. In realtà, un più largo esame delle pronunce dei giudici di Strasburgo sul tema del sovraffollamento, faceva emergere in maniera chiara la presenza di orientamenti contrastanti, quantomeno su tre fondamentali profili.

Un primo fattore di incertezza riguardava le conseguenze della disponibilità di una superficie intramuraria inferiore a quella indicata come minima dalla Corte EDU. A tal proposito, infatti, in un caso concernente la Romania, il ricorrente, per una parte della detenzione, aveva avuto a disposizione spazi compresi fra i 2,74 e i 2,76 mq, dunque quasi identici a quelli di [Sulejmanovic](#). La Corte, però, affermando di dover tenere «soprattutto conto dello spazio individuale accordato al ricorrente» e sottolineando come le informazioni del Governo non consentissero di comprendere quanto tempo la persona trascorresse fuori dalla cella<sup>77</sup>, non concluse, *sic et simpliciter*, per la violazione dell'art. 3 CEDU. Anzi, nel richiamare i propri precedenti, evocò soltanto un caso in cui la mancanza di spazio era stata elemento “centrale”, ma comunque non esclusivo, per fondare l'accoglimento del ricorso<sup>78</sup>; significativamente, non fece alcun riferimento al filone di pronunce – come [Sulejmanovic](#) – fondate sulla correlazione automatica fra superficie inferiore a 3 mq e violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti. Un simile ragionamento, peraltro, aveva trovato spazio altresì in una coeva pronuncia sempre resa nei confronti della Romania<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> [Corte EDU, Torreggiani ed altri c. Italia](#), cit., § 101.

<sup>74</sup> Sottolinea tale aspetto G. SORRENTI, [La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale](#), fino al “seguito” legislativo interno, in [Consulta OnLine 2014](#), 6.3.2014, 11. L'a., invero, pone in evidenza il fatto che, in generale, può dirsi che le sentenze-pilota pongano in capo allo Stato resistente «un'obbligazione di risultato». Nella [pronuncia Torreggiani](#), però, «è riscontrabile una parziale obbligazione di mezzo, laddove la Corte europea indica la promozione del ricorso a pene alternative al carcere quale possibile soluzione al problema individuato».

<sup>75</sup> [Ivi](#), § 94.

<sup>76</sup> Per tale interpretazione a prima lettura, cfr., ad esempio, F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 gennaio 2013, 1.

<sup>77</sup> V. [Corte EDU, Sez. III, sent. 8 luglio 2014, Dulbastru c. Romania, n. 4704/11](#), § 34.

<sup>78</sup> Il riferimento è a [Corte EDU, Sez. III, sent. 7 aprile 2005, Karalevicius c. Lituania, n. 53254/99](#).

<sup>79</sup> Cfr. [Corte EDU, Sez. III, sent. 10 giugno 2014, Bujorean c. Romania, n. 13054/12](#), §§ 28, 29 e 30. In entrambi i casi, tuttavia, il complesso delle condizioni detentive era tale da imporre comunque una condanna dello Stato, non essendovi la possibilità di comprendere se, e in che misura, la Corte fosse disponibile a compensare la disponibilità di un'esigua superficie con altri positivi elementi della detenzione.

Molto importanti risultano due sentenze-pilota, di poco successive, nei confronti di Bulgaria<sup>80</sup> e Ungheria<sup>81</sup>. Mentre nel primo caso la Corte ribadì il principio per cui «se i detenuti hanno a loro disposizione meno di tre metri quadrati di spazio abitativo, il sovraffollamento deve essere considerato così grave da portare di per sé, indipendentemente da altri fattori, a una violazione dell'articolo 3 della Convenzione»<sup>82</sup>, nel secondo – richiamandosi a un noto precedente<sup>83</sup> – affermò il diverso criterio di giudizio in base al quale la inadeguatezza della superficie detentiva dà luogo a una “forte presunzione” di trattamento inumano o degradante, la quale può essere confutata dall'effetto cumulativo delle condizioni di detenzione dimostrate dallo Stato resistente<sup>84</sup>. Orbene, per quanto il concetto di “forte presunzione” abbia dato luogo, negli anni, a non pochi dubbi definitivi<sup>85</sup>, certo non è sovrapponibile a quello dell'automatico accoglimento del ricorso per il solo mancato rispetto della soglia spaziale minima.

Gli elementi di contraddizione nelle sentenze strasburghesi riguardavano altresì i criteri di calcolo della superficie disponibile all'interno della cella. Invero, anche solo esaminando le pronunce nei confronti dell'Italia, si rinvennero diverse modalità di computo dello spazio pro capite. Da un lato, tanto nel [caso Sulejmanovic](#)<sup>86</sup> quanto in due successive pronunce<sup>87</sup> questo era stato effettuato dividendo la superficie della cella per il numero dei suoi occupanti, dunque, senza attribuire alcun rilievo negativo alla ovvia presenza di mobilio. Diversamente, nella sentenza-pilota del 2013 ([Torreggiani](#)), la Corte, riferendosi a una superficie individuale di 3 mq disponibile per ciascuno dei ricorrenti, aveva constatato che «questo spazio era d'altro canto ancora ridotto dalla presenza di mobilia nelle celle»<sup>88</sup>; tale affermazione poteva far intendere che si fosse attribuito un qualche rilievo a simile ingombro, benché la Corte non avesse espressamente calcolato lo spazio al netto dell'arredamento della cella.

Ampliando lo sguardo al di fuori dei casi italiani, si rinvennero pronunce che, similmente alla [sentenza Torreggiani](#), non operavano il calcolo della superficie netta, ma affermavano di voler «prendre en compte» la riduzione dello spazio dovuta ai mobili<sup>89</sup>. In altri arresti, invece, si rappresentava che, per valutare se il ricorrente avesse goduto d'uno spazio rispettoso dello standard minimo, sarebbe stato necessario detrarre la superficie ingombra dagli arredi<sup>90</sup> oppure soltanto lo spazio occupato dai letti<sup>91</sup>. In altri ancora, al criterio dei 3 mq veniva affiancato il requisito più elastico, in base al quale «la superficie complessiva della cella deve essere tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente tra gli arredi»<sup>92</sup>. Vi erano altresì pronunce che, sul modello della

---

<sup>80</sup> [Corte EDU, sent. 27 gennaio 2015, Neshkov e altri c. Bulgaria, nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13.](#)

<sup>81</sup> [Corte EDU, sent. 10 marzo 2015, Varqa e altri c. Ungheria, nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, e 64586/13.](#)

<sup>82</sup> [Corte EDU, Neshkov e altri c. Bulgaria](#), cit., § 231.

<sup>83</sup> [Corte EDU, Ananyev.](#)

<sup>84</sup> [Corte EDU, Varqa](#), cit., §§ 74-77.

<sup>85</sup> Per una ricostruzione delle diverse proposte dottrinali sul punto, sia consentito rinviare a F. PICOZZI, *La densità detentiva sul piano sovranazionale*, cit., 79 s.

<sup>86</sup> [Corte EDU, Sulejmanovic c. Italia](#), cit., §§ 43 e 45.

<sup>87</sup> Il riferimento è a [Corte EDU, Sez. II, dec. 5 marzo 2013, Tellissi c. Italia, n. 15434/11](#), §§ 38, 52 e 53, nonché a [Corte EDU, Sez. II, 22 aprile 2014, sent. G.C. c. Italia, n. 73869/10](#), §§ 81 e 82.

<sup>88</sup> V. [Corte EDU, Torreggiani ed altri c. Italia](#), cit., § 75, «cet espace était par ailleurs encore restreint par la présence de mobilier dans les cellules».

<sup>89</sup> [Corte EDU, Sez. III, sent. 7 aprile 2009, Branduse c. Romania, n. 6586/03](#), § 49, nonché [Corte EDU, Sez. III, sent. 19 febbraio 2013, Ciolan c. Romania, n. 24378/04](#), § 44.

<sup>90</sup> [Corte EDU, Sez. III, sent. 26 novembre 2013, Cojoaca c. Romania, n. 19548/04](#), § 33.

<sup>91</sup> Cfr. [Corte EDU, Enache c. Romania](#), cit., §§ 16, 26 e 54, che operò la detrazione esclusivamente dello spazio occupato dai letti installati nella cella, senza chiarire compiutamente i motivi di tale selettiva deduzione, considerata la presenza di ulteriore mobilia.

<sup>92</sup> [Corte EDU, Ananyev e altri c. Russia](#), cit., §§ 145, 146, 147 e 148, secondo cui «the overall surface of the cell must

[sentenza Sulejmanovic](#), giudicavano della disponibilità o meno dello spazio detentivo dividendo la superficie totale della cella per il numero dei detenuti presenti, senza operare alcun tipo di detrazione dovuta alla presenza di arredi<sup>93</sup>. A complicare ulteriormente il quadro, accadeva anche che il calcolo dello spazio venisse operato tanto al lordo quanto al netto del mobilio, senza però indicare quale fosse il criterio preferibile<sup>94</sup>. Neppure con riferimento alla computabilità dell'area del bagno o dei sanitari vi erano certezze, risultando dalle pronunce dei giudici strasburghesi criteri vari e incompatibili fra loro<sup>95</sup>.

Infine, la giurisprudenza convenzionale si mostrava elusiva e contrastante sul fondamentale profilo dell'individuazione di quale dovesse essere lo spazio minimo pro capite da garantire a ciascun detenuto nella cella. Fondamentale in proposito fu una sentenza della I sezione del 2015, relativa al [caso Muršić c. Croazia](#)<sup>96</sup>, poiché le peculiarità del caso concreto evidenziarono i molteplici punti di contrasto rinvenibili nei precedenti in materia, fornendo lo spunto a un'opinione dissenziente che sconfessò definitivamente l'idea che fosse rinvenibile una "giurisprudenza consolidata" in materia. La Corte, infatti, ritenne non violato l'art. 3 CEDU, nonostante il ricorrente avesse avuto a disposizione per circa 50 giorni, 27 dei quali consecutivi, un'area inferiore a 3 mq<sup>97</sup>. Da una parte, evidenziò lo scarto minimo rispetto alla soglia di 3 mq (talvolta 0,20 talaltra 0,14 mq in meno), dall'altra, rilevò come il periodo di tempo trascorso in tale esigua superficie fosse «*occasional non-consecutive short*» e sottolineò che al ricorrente era stata garantita una sufficiente libertà di movimento, con la possibilità di trascorrere almeno tre ore al giorno al di fuori della cella, nonché una sistemazione in una struttura detentiva adeguata<sup>98</sup>, reputando tali elementi sufficienti a compensare la ristrettezza degli spazi detentivi e, dunque, a superare la forte presunzione di violazione dell'art. 3 della Convenzione. Nella sua opinione dissenziente, il giudice greco Sicilianos pose in evidenza le fondamentali contraddizioni della giurisprudenza strasburghese in materia di sovraffollamento carcerario. In particolare, metteva in luce come, sulla questione dello spazio detentivo, fosse incerta persino la superficie da individuare quale soglia minima. Infatti, oltre alle numerose pronunce sin qui richiamate, ove lo spazio vitale era stato individuato in 3 mq, ve ne erano altre che, «in stretta aderenza alla prassi ed alle raccomandazioni del CPT»<sup>99</sup>, facevano riferimento

---

*be such as to allow the detainees to move freely between the furniture items».*

<sup>93</sup> Cfr., [Corte EDU, Dulbastru c. Romania](#), cit., §§ 10 e 34; nonché [Corte EDU, Sez. IV, sent. 22 ottobre 2009, Norbert Sikorski c. Polonia, n. 17599/05](#), §§ 23, 25, 134 e 135.

<sup>94</sup> [Corte EDU, Sez. III, sent. 4 agosto 2006, Kadikis c. Lettonia \(n. 2\), n. 62393/00](#), § 52, nella quale si constata che «*chacune des personnes détenues dans la cellule du requérant disposait habituellement d'un espace variant entre 1,2 et 1,5 m<sup>2</sup>, ou même entre 0.5 et 0.6 m<sup>2</sup> si l'on ne compte que l'espace libre*» (ossia che ciascuna delle persone detenute nella cella del ricorrente disponeva abitualmente di uno spazio variante tra 1,2 e 1,5 m<sup>2</sup>, o persino tra 0,5 e 0,6 m<sup>2</sup> se non si conta che lo spazio libero).

<sup>95</sup> In [Corte EDU, Tellissi c. Italia](#), cit., §§ 38, 52 e 53, era riportata l'indicazione del Governo italiano, secondo cui la cella occupata dal ricorrente misurava 11 mq, compreso il servizio igienico di 1 mq; il collegio di Strasburgo sviluppava la parte motivazionale della decisione sul presupposto che lo spazio disponibile fosse stato di 11 mq, dunque chiaramente comprensivo della *toilette*. Una simile impostazione è stata seguita da [Corte EDU, Sez. I, sent. 12 dicembre 2013, Kanakis c. Grecia \(n. 2\), n. 40146/11](#), § 91, nonché Corte EDU, Norbert Sikorski c. Polonia, cit., in part. § 139. Al contrario, in Corte EDU, Sulejmanovic c. Italia, cit., § 8, il Governo aveva precisato che, annesso alla cella, era presente un locale sanitario di oltre 5 mq, ma la Corte non lo ha considerato nel calcolo dello spazio detentivo vivibile.

<sup>96</sup> [Corte EDU, sent. 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia, n. 7334/13](#).

<sup>97</sup> Per la precisione, nella sua valutazione la Corte prendeva atto del fatto che Muršić aveva trascorso 23 giorni non consecutivi con a disposizione talvolta 2,80 mq, talaltra 2,86 mq (con punte di massimo 8 giorni consecutivi) e un periodo (ritenuto più critico) di 27 giorni consecutivi in 2,86 mq per un totale di 50 giorni (non consecutivi) in poco meno di 3 mq (cfr. §§ 12 e 60).

<sup>98</sup> [Ivi](#), §§ 63 e 68.

<sup>99</sup> C. FIORIO, Art. 35-ter, in F. Fiorentin e F. Siracusano (curr.), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 477.

al più ampio *standard* di 4 metri pro capite<sup>100</sup>. Combinando tale elemento di dubbio con l'incertezza concernente gli effetti giuridici della mancata disponibilità da parte del ricorrente dell'area minima, era possibile trarre almeno quattro orientamenti della Corte di Strasburgo fra loro incompatibili: a) la disponibilità di uno spazio inferiore ai 3 mq induce a ravvisare una "forte presunzione" di violazione dell'art. 3 CEDU; b) la disponibilità di uno spazio inferiore ai 3 mq integra *ex se* una violazione dell'art. 3; c) la disponibilità di uno spazio inferiore ai 4 mq viola in sé l'art. 3 CEDU; d) la disponibilità di uno spazio inferiore ai 4 mq crea una "forte presunzione" di trattamenti inumani e degradanti<sup>101</sup>. Se a ciò si aggiungono gli ulteriori dubbi sui criteri di calcolo della superficie disponibile, si può ben comprendere come si fosse ben lontani dal poter individuare un'interpretazione consolidata nell'ambito della giurisprudenza convenzionale, in tema di condizioni detentive inumane e degradanti correlate al grave sovraffollamento carcerario.

### 3.3. La Grande Camera riconosce e affronta le divergenze interpretative

Soltanto l'intervento della Grande Camera nel 2016, sempre pronunciandosi sul [caso Muršić](#), ha impresso una decisiva svolta alla contorta evoluzione sin qui descritta, affrontando espressamente i punti controversi con un livello di approfondimento di gran lunga superiore rispetto alle precedenti e giungendo a formulare le regole di giudizio che, allo stato, costituiscono il riferimento in materia di sovraffollamento carcerario e trattamenti inumani o degradanti.

La Corte ha preso le mosse dal riconoscimento della molteplicità di orientamenti nella propria giurisprudenza, esplicitando la volontà di «precisare i principi e le norme da applicare» per valutare i casi di possibile violazione dell'art. 3 della Convenzione in relazione allo «spazio personale concesso a un detenuto»<sup>102</sup>. Pertanto, dopo avere ricapitolato i principi generali riguardanti il divieto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti, si è concentrata su «quelli relativi al sovraffollamento carcerario»<sup>103</sup>.

In primo luogo, quanto allo «spazio minimo di cui un detenuto deve disporre ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione»<sup>104</sup>, la Grande Camera ha chiarito che la superficie minima per le celle a più posti, rilevante nella valutazione ai sensi dell'art. 3 CEDU, è di 3 mq<sup>105</sup>.

La Grande Camera ha poi considerato nevralgico chiarire le modalità di calcolo dello spazio carcerario minimo, se al lordo oppure al netto dei mobili e del bagno<sup>106</sup>. Sul punto, i giudici hanno deciso di adottare il metodo usato dal CPT<sup>107</sup> nelle visite agli istituti penitenziari<sup>108</sup>, dunque: «il

---

<sup>100</sup> Oltre al già citato [caso Dulbastru c. Romania del 2014](#), si veda [Corte EDU, sent. 3 febbraio 2015, Apostu c. Romania, n. 22765/12](#), § 34, ove si afferma: «Or, la Cour constate que pareille superficie est en dessous de la norme recommandée aux autorités roumaines dans le rapport du CPT, à savoir 4 m<sup>2</sup>».

<sup>101</sup> *Opinione dissenziente del Giudice Sicilianos* allegata a [Corte EDU, sent. 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia](#), cit., §§ 2-7.

<sup>102</sup> [Corte EDU, G.C., Muršić c. Croazia](#), cit., § 91.

<sup>103</sup> [Ivi](#), §§ da 96 a 101.

<sup>104</sup> [Ivi](#), §§ da 103 a 113.

<sup>105</sup> [Ivi](#), §§ 109-110. In tal modo, la Corte non ha inteso recepire gli *standard* del CPT, riepilogati pochi mesi prima nel citato documento 15 dicembre 2015, CPT/Inf (2015)44, *Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards*; ciò non deve stupire, stante la diversità di funzioni della Corte rispetto al Comitato. Cfr., tra gli altri, P. PUSTORINO, *Art. 3*, cit., 82., il quale rileva come «[l]a prassi del Comitato viene posta a fondamento delle argomentazioni della Corte, condizionando talvolta in modo decisivo le conclusioni adottate in sede giurisprudenziale, pur non mancando casi isolati nei quali la Corte si discosta dagli orientamenti del Comitato»

<sup>106</sup> [Corte EDU, G.C., Muršić c. Croazia](#), cit., § 114. Si noti come tale questione era stata proposta dall'associazione «L'Altro diritto onlus».

<sup>107</sup> Metodo che agli studiosi italiani era già stato reso noto da M. PALMA, *I riflessi interni della giurisprudenza della Corte europea*, cit., che, nella sua veste prima di componente e poi di presidente del CPT, ne aveva avuto cognizione diretta.

<sup>108</sup> È emblematico che la Corte adotti il metodo di calcolo usato dal Comitato proprio dopo aver sottolineato che

calcolo della superficie disponibile nella cella [...] non deve comprendere quella dei sanitari», ma «deve includere lo spazio occupato dai mobili». Una misurazione, dunque, al netto dei servizi igienici, ma al lordo della mobilia<sup>109</sup>. Sembra così essere stato integrato e chiarito il secondo parametro del *Ananyev test*<sup>110</sup>, elaborato per valutare se le condizioni detentive sottoposte al giudizio della Corte siano inumane o degradanti e ricorrente nella giurisprudenza CEDU a partire dal 2012<sup>111</sup>; questo, infatti, individua in 3 mq la superficie minima per ciascun detenuto, senza però precisarne il criterio di computo. La [sentenza Muršić](#) ha poi aggiunto un richiamo al terzo elemento dell'*Ananyev test*, affermando che «l'importante è determinare se i detenuti abbiano la possibilità di muoversi normalmente nella cella».

Inoltre, la Corte ha chiarito che la disponibilità, nella cella, di una superficie media inferiore alla soglia minima non dà luogo, di per sé sola, a una violazione dell'art. 3 CEDU, ma costituisce una "forte presunzione" di trattamento inumano o degradante<sup>112</sup>; tale presunzione è confutabile dallo Stato adducendo, in modo convincente, elementi in grado di compensare adeguatamente la scarsa disponibilità di spazio personale. Soltanto considerando l'effetto cumulativo di tali condizioni, si può valutare se la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU sia stata vinta o meno, non potendosi ridurre la lesione di un diritto fondamentale solo a un computo dei metri quadrati disponibili.

Gli elementi suscettibili «di confutare la forte presunzione di violazione dell'articolo 3 che nasce quando l'interessato dispone di meno di 3 mq», sono i cc.dd. «fattori compensativi»<sup>113</sup> che devono essere contemporaneamente provati. Tali sono: il carattere breve, occasionale e di modesto rilievo delle riduzioni di spazio; la garanzia di una sufficiente libertà di movimento e di adeguate attività al di fuori della cella; «il carattere complessivamente decente delle condizioni di detenzione nell'istituto», dunque tali da non sottoporre il ricorrente «ad altri elementi ritenuti circostanze aggravanti di cattive condizioni generali di detenzione»<sup>114</sup>.

La Grande Camera si è poi pronunciata con riferimento ad altre due situazioni, statuendo alcuni importanti assunti.

Quando si dispone di uno spazio detentivo ricompreso tra 3 e 4 mq, per integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, devono sussistere anche altri gravi elementi relativi alle condizioni materiali (impossibilità di fare esercizio all'aria aperta e di avere accesso alla luce naturale e all'aria, insufficiente aerazione, inadeguatezza della temperatura della stanza, impossibilità di usare la *toilette* in privato, non conformità con i basilari requisiti sanitari e igienici)<sup>115</sup>.

---

quest'ultimo elabora *standard* superiori rispetto alla stessa Corte, svolgendo quindi una funzione di maggior protezione, che non può essere in alcun modo tacciata di voler comprimere le tutele delle persone ristrette.

<sup>109</sup> Si riporta testualmente il § 114 della [sentenza della Grande Camera](#) nella sua doppia versione: «[e]nfin, la Cour juge important d'expliquer plus précisément la méthode qu'elle applique aux fins de son examen sous l'angle de l'article 3 pour calculer la surface minimale de l'espace personnel devant être alloué à un détenu hébergé en cellule collective. Elle considère, s'appuyant en cela sur la méthode du CPT, que dans ce calcul, la surface totale de la cellule ne doit pas comprendre celle des sanitaires (paragraphe 51 ci-dessus). En revanche, le calcul de la surface disponible dans la cellule doit inclure l'espace occupé par les meubles. L'important est de déterminer si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule». Che in inglese suona così: «[I]n fact, the Court finds it important to clarify the methodology for the calculation of the minimum personal space allocated to a detainee in multi-occupancy accommodation for its assessment under Article 3. The Court considers, drawing from the CPT's methodology on the matter, that the in-cell sanitary facility should not be counted in the overall surface area of the cell (see paragraph 51 above). On the other hand, calculation of the available surface area in the cell should include space occupied by furniture. What is important in this assessment is whether detainees had a possibility to move around within the cell normally».

<sup>110</sup> In tal senso P. BERNARDONI, *Dalla Corte di Strasburgo nuovi criteri in materia di condizioni detentive ed art. 3 CEDU?* in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, n. 1/2017, 345 ss.

<sup>111</sup> [Corte EDU, Ananyev e altri c. Russia](#), cit., §§ 147-148.

<sup>112</sup> [Corte EDU, G.C., Muršić c. Croazia](#), cit., §§ da 116 a 128.

<sup>113</sup> [Ivi](#), §§ da 129 a 135.

<sup>114</sup> [Ivi](#), § 134.

<sup>115</sup> [Ivi](#), § 139.

Quando invece si disponga di più di 4 mq, e dunque non vi sono problemi di spazio disponibile, la violazione dell'art. 3 CEDU è ancora possibile se altri significativi aspetti relativi alle condizioni materiali di detenzione sono gravemente inappropriati<sup>116</sup>.

Operata tale ampia disamina, la Grande Camera effettua un «riassunto dei principi e delle norme da applicare ai fini dell'esame dei casi di sovraffollamento carcerario»<sup>117</sup>, passando poi ad applicare tali regole al caso concreto di Muršić e generando così un parziale rovesciamento delle conclusioni della pronuncia di primo grado. La Corte, infatti, riconosce la violazione dei diritti umani del ricorrente in relazione a un periodo di 27 giorni consecutivi durante i quali aveva avuto a disposizione solo 2,62 mq<sup>118</sup>. Si è rivelata decisiva per tale esito l'adozione di diverso criterio di computo dello spazio nelle due sentenze. Infatti, nel giudizio di "primo grado", il calcolo della superficie era stato operato tenendo conto anche del bagno, il che determinava, proprio nei cruciali 27 giorni consecutivi, un modesto scostamento dalla soglia dei 3 mq. Nel "secondo grado"<sup>119</sup>, invece, il computo al netto dei servizi igienici ha comportato una riduzione della superficie disponibile a soli 2,62 mq nel periodo in discorso<sup>120</sup>, aspetto che è stato ritenuto tale da non lasciare spazio a una possibile confutazione della "forte presunzione" di violazione della CEDU<sup>121</sup>. Al contrario, con riferimento ad altri 294 giorni, il ricorso non è stato accolto<sup>122</sup>, vuoi perché lo scostamento dalla superficie minima è stato ridottissimo, in quanto compreso tra 8 e 1 cmq di spazio personale al di sotto dei 3 mq<sup>123</sup>, vuoi perché si è trattato di periodi non consecutivi, sporadici, brevi e di modesta durata. Pertanto, in quelle condizioni detentive complessivamente considerate, la Corte ha ritenuto non essere stato raggiunto il livello minimo di gravità che integra un trattamento inumano o degradante<sup>124</sup>.

Nonostante la formulazione di talune opinioni dissenzienti, la pronuncia della *Grande Chambre* nel [caso Muršić](#) – con il livello di approfondimento che si è cercato di evidenziare – ha fissato una serie di punti fermi. Tali regole di giudizio sono state in seguito riprese in altri casi decisi dalle singole Camere<sup>125</sup>, che ne hanno confermato il ruolo di punto di riferimento quanto ai «principi [...] relativi

---

<sup>116</sup> V. l'accesso all'esercizio all'aria aperta, alla luce naturale e all'aria, la disponibilità di aerazione, l'adeguatezza del sistema di riscaldamento, la possibilità di usare i servizi igienici in privato e la conformità con i requisiti sanitari e igienici di base (§ 140).

<sup>117</sup> [Ivi.](#), §§ 136-141.

<sup>118</sup> [Ivi.](#), § 172.

<sup>119</sup> Sulla procedura e sulla natura del rinvio alla Grande Camera, in particolare su come non costituisca «una sorta di diritto di appello contro la decisione della Camera», si rinvia a V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL e L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, 488 ss. Gli stessi a. spiegano bene il senso della giurisprudenza della Grande Camera «che interviene raramente» e cui è «rimesso il potere di modificare la giurisprudenza della Corte. La sentenza della Grande Camera non ha una particolare forza vincolante, maggiore di quella propria dei precedenti formati dalle sentenze delle Camere. Essa scioglie un contrasto e fissa il tenore del precedente cui far riferimento, fino a che non sorga la necessità di ripensarlo. A essa solo spetta la valutazione della necessità di un *révirement* giurisprudenziale. E anche una sola sentenza della Corte esprime la sua giurisprudenza ("consolidata"), fino a quando non venga modificata dalla Grande Camera» (*ivi.*, 59).

<sup>120</sup> Cfr. la tabella riportata in [Corte EDU, G.C., Muršić c. Croazia](#), cit., § 17, nella riga concernente il periodo che va dal 18 luglio al 13 agosto 2010. Si badi al confronto fra la superficie disponibile al lordo e al netto dei sanitari.

<sup>121</sup> [Ivi.](#), §§ 151-153.

<sup>122</sup> [Ivi.](#), § 173.

<sup>123</sup> [Ivi.](#), § 147.

<sup>124</sup> [Ivi.](#), §§ 154-171. Cfr. sul punto A. ALBANO, *Prime osservazioni*, cit., 164 ss.

<sup>125</sup> In dottrina, F. GRAZIANI, *Le "nostre prigionie"*, cit., la cosa non è stata data per scontata, osservandosi che «le numerose opinioni dissenzienti allegare alla sentenza, pur non intaccandone il valore di precedente, non consentono di dire che la sentenza *Muršić* costituisca una tappa definitiva nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di spazio detentivo minimo da accordare ai soggetti reclusi». V. altresì la non condivisibile opinione di G. ROMEO, *Corte Edu, Sezioni Unite e spazio minimo della cella: un consolidamento solo apparente*, in *Dir. pen. e uomo*, n. 6/2021, 11 s., ad avviso del quale non sussisterebbe un orientamento consolidato in materia di spazio minimo della cella originato dalla sentenza *Muršić*.

alla sovrappopolazione carceraria e ai fattori suscettibili di compensare la mancanza di spazio personale»<sup>126</sup>.

In particolare, va ricordata l'importante sentenza-pilota [Rezmiveş e altri c. Romania](#), ove, senza possibilità di equivoco, la Corte, proprio richiamando [Muršić](#), ha confermato che l'esigenza di una superficie di 3 mq per persona (incluso lo spazio occupato dai mobili ma non quello dei servizi igienici) in una cella collettiva deve rappresentare la norma minima di riferimento per apprezzare le condizioni di detenzione rispettose dell'art. 3 CEDU<sup>127</sup>.

Successivamente, nella stessa direzione, è intervenuta in maniera assai lineare la sentenza [Sylla et Nollomont c. Belgio](#), applicando i principi enunciati nella sentenza di Grande Camera<sup>128</sup> ai ricorsi di due detenuti, entrambi ritenuti meritevoli di accoglimento. Nel caso di Sylla, il ricorrente era allocato con altre due persone in una cella di 9 mq, dotata di un lavabo e di servizi igienici<sup>129</sup>; dividendo tale superficie per tre, ne sarebbe derivato uno spazio medio di 3 mq, mentre applicando il criterio di calcolo stabilito in [Muršić](#) – quindi detraendo lo spazio occupato dai servizi igienici e non quello ingombro dai mobili – la superficie personale è risultata inferiore alla soglia minima. Tale esiguità dello spazio, unitamente all'assenza di attività fuori dalla cella, ha indotto la Corte a ravvisare una violazione dell'art. 3 CEDU. Rispetto a Nollomont, invece, la Corte – sempre alla luce degli stessi criteri di calcolo – ha ritenuto non presente alcun problema dal punto di vista dello spazio a disposizione del ricorrente poiché non inferiore a 4 mq. Nonostante ciò, il complesso delle condizioni di detenzione – quindi la combinazione di un regime detentivo povero di attività, il fatto che la persona era esposta, all'interno della cella, al tabagismo passivo, e la totale mancanza di intimità nell'uso dei servizi igienici – ha condotto a ritenere ugualmente raggiunta la soglia di violazione dell'art. 3 CEDU, con la condanna del Belgio<sup>130</sup>.

Quest'ultima sentenza, oltre a conferma la chiarezza del criterio di calcolo dello spazio carcerario pro capite, consente di soffermarsi sulla questione dell'ipotizzata natura regressiva, in termini di tutela delle persone ristrette, dei principi sanciti dalla Grande Camera nel 2016. Secondo alcuni, infatti, la [sentenza Muršić](#) avrebbe optato per gli *standard* più bassi fra quelli rinvenibili nelle precedenti pronunce in materia. Ciò è vero se ci si limita a considerare il profilo puramente geometrico-spaziale, in quanto da questo punto di vista la Grande Camera ha scelto, fra i quattro possibili, l'orientamento sicuramente meno favorevole per la persona detenuta<sup>131</sup>. Limitandosi a

---

<sup>126</sup> [Corte EDU, Sez. IV, sent. 6 dicembre 2016, Kanalas c. Romania, n. 20323/14](#), § 33.

<sup>127</sup> [Corte EDU, Sez. IV, sent. 25 aprile 2017, Rezmiveş e altri c. Romania, nn. 61467/12, 39516/13, 48231/13 e 68191/13](#), § 77, secondo cui «[l]a Cour a récemment confirmé que l'exigence de 3m de surface au sol par détenu (incluant l'espace occupé par les meubles, mais non celui occupé par les sanitaires) dans une cellule collective doit demeurer la norme minimale pertinente aux fins de l'appréciation des conditions de détention au regard de l'article 3 de la Convention (Muršić, précité, §§ 110 et 114)».

<sup>128</sup> Infatti, in [Corte EDU, Sez. II, sent. 16 maggio 2017, Sylla e Nollomont c. Belgio, nn. 37768/13 e 36467/14](#), al § 24 si legge: «Les principes généraux applicables sont énoncés dans l'arrêt Muršić c. Croatie», mentre al § 27: «[l]a Cour rappelle que selon la méthode qu'elle applique pour calculer la surface minimale de l'espace personnel devant être alloué à un détenu hébergé en cellule collective, la surface totale de la cellule ne doit pas comprendre celle des sanitaires. En revanche, le calcul de la surface disponible dans la cellule doit inclure l'espace occupé par les meubles. L'important est de déterminer si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule (Muršić, précité, § 114)».

<sup>129</sup> [Ivi](#), § 5.

<sup>130</sup> [Ivi](#), § 35 ss. e in particolare 41. Letteralmente, «la combinaison d'un régime pauvre en activités extérieures à la cellule, et au sein de la cellule, de l'exposition au tabagisme passif ainsi que du manque d'intimité dans l'usage des toilettes. La mancanza di intimità nell'uso delle toilettes consisteva nel fatto che le stesse, in una stanza a più posti, «se situent dans la cellule à côté du lit et ne sont pas cloisonnées si ce n'est par la présence d'un paravent en bois face à la porte» (§ 9). Di qui, la Corte ritiene che «le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention est atteint».

<sup>131</sup> Cfr., in tal senso, P. BERNARDONI, *Dalla Corte di Strasburgo nuovi criteri*, cit., 347, che, condivisibilmente, fa rilevare: «la grande camera sceglie anche di uniformarsi ai più bassi tra gli *standard* di tutela individuati dai vari orientamenti della giurisprudenza precedente: non solo individua la soglia di 3 m2 come punto di riferimento per l'innescarsi della "forte presunzione" di violazione, ma adotta anche l'approccio secondo cui il mancato rispetto di tale soglia minima

tale constatazione, la questione del grave sovraffollamento carcerario sembrerebbe costituire una significativa eccezione alla tendenza, generalmente seguita dalla Corte EDU nell'interpretazione dell'art. 3 della Convenzione, improntata all'esigenza di fornire una sempre crescente protezione dei diritti fondamentali<sup>132</sup>. Tuttavia, proprio la valutazione concretamente operata nel caso del ricorrente belga Nollomont dimostra l'utilità di quel criterio di valutazione «olistico»<sup>133</sup>, che non si esaurisce in una sola valutazione geometrica della superficie disponibile, ma si estende anche alla considerazione di altre gravi carenze delle condizioni di vita intramuraria<sup>134</sup>. In tal modo, la giurisprudenza convenzionale fornisce una tutela ad ampio spettro contro le condizioni detentive non rispettose della dignità della persona, senza però giungere a considerare come violazioni dell'art. 3 CEDU meri disagi o semplici disservizi<sup>135</sup>, certamente eccipienti sotto vari profili, ma aventi ben diverso rilievo rispetto a un diritto fondamentale, «tra i più fondamentali», fra quelli tutelati dalla Convenzione<sup>136</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza *Muršić* del 2016 ha trovato ulteriori conferme in successive pronunce, ove è stato esplicitamente richiamato come riferimento per i principi applicabili ai casi di maltrattamenti correlati al grave sovraffollamento carcerario<sup>137</sup>.

---

determini, appunto, una mera presunzione di violazione, superabile per effetto di fattori «compensativi».

<sup>132</sup> Sulla linea generale dell'interpretazione dell'art. 3 CEDU, cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL e L. TOMASI, *Manuale*, cit., 178, secondo i quali «[n]el corso del tempo la giurisprudenza della Corte ha subito un'evidente evoluzione, nel senso di abbassare la soglia minima di gravità della sofferenza inflitta alla vittima, così giudicando più facilmente che il trattamento integra gli estremi della tortura o del trattamento inumano».

<sup>133</sup> Così A. ALBANO e F. PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali*, cit., 13. Si veda anche *Opinione congiunta parzialmente dissidente dei Giudici Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev*, allegata a [Corte EDU, G.C., sent. 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia](#), cit. § 9.

<sup>134</sup> In proposito si consideri quanto rileva M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2018, 14, in sede di commento dell'art. 53 CDFUE. «Questa disposizione sembra, a prima lettura, risolvere in modo semplice e univoco ogni possibile conflitto, assicurando la prevalenza sempre e comunque al sistema che offre il grado più elevato di tutela. Peraltro, come era stato da tempo intuito dai commentatori più profondi, i criteri di tipo quantitativo, incentrati sulla misurazione del minimo e del massimo *standard* di protezione, sono intrinsecamente inadeguati a risolvere i conflitti tra diritti, per la struttura relazionale che li connota».

<sup>135</sup> Nello stesso ordine di idee si muove la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) quando, nel valutare il rischio di sottoposizione a tortura o trattamenti inumani o degradanti, in sede di esame delle condizioni detentive in cui la persona sottoposta al mandato d'arresto europeo si troverà quando sarà trasferita nell'istituto penitenziario del Paese emittente, considera l'indagine su profili come «la pratica di un culto, la possibilità di fumare, le modalità di lavaggio dei vestiti» e simili quali «aspetti della detenzione senza evidente rilevanza ai fini del suddetto esame». Così [Corte giust. \(Sez. I.\), sent., 25 luglio 2018, ML, causa C-220/18](#), punto 103.

<sup>136</sup> Il riferimento è alla nota critica dottrinale sviluppata da V. ZAGREBELSKY, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in [Questione Giustizia](#), n. 1/2015, 40, ove l'a. rileva che: «Il desiderio della Corte di estendere e rinforzare la protezione dei singoli rispetto alle azioni pregiudizievoli degli Stati tuttavia si manifesta talora con un abbassamento del livello minimo di lesione perché la violazione sia riconosciuta». Ma riconoscendo «più facilmente la violazione dell'art. 3 Conv., la Corte ha difficoltà a tirare le conseguenze di una così grave violazione dei diritti fondamentali della persona». È questo «il caso delle violazioni automaticamente dichiarate per il solo fatto del sovraffollamento carcerario», nel quale la Corte «si limita a stabilire un indennizzo economico, come se si trattasse di un diritto, ma di un diritto qualunque. Non di un diritto appartenente al cuore di quel patrimonio della dignità della persona che la Comunità internazionale ha assunto l'onere di difendere superando la sovranità degli Stati, con lo straordinario strumento dell'intervento giudiziario esterno. Il motivo per cui la Corte si limita all'indennizzo economico risiede nella consapevolezza del contenuto grado di gravità della sofferenza procurata al singolo ricorrente (inumana sì, ma solo un poco!) ed anche nella considerazione che si tratta di situazioni massicciamente presenti in numerosi Stati europei. Una violazione dell'art. 3 Conv. «presa sul serio» richiederebbe una posizione rigida da parte della Corte, ma, abbassato il livello della violazione dichiarata, la Corte non si sente di assumerla».

<sup>137</sup> Cfr. [le sentenze 29 gennaio 2019, Nikitin e altri c. Estonia, nn. 23226/16, 43059/16, 57738/16, 59152/16, 60178/16, 63211/16, e 75362/16](#), § 159 ss.; [3 dicembre 2019, Petrescu c. Portogallo, n. 32190/17](#), § 97 ss.; [30 gennaio 2020, J.M.B. e altri c. Francia, n. 9671/15 e 31 altri](#), in part. § 254; [24 novembre 2020, Bardali c. Svizzera, n. 31623/17](#), § 52.

#### 4. Le difficoltà dalla giurisprudenza italiana nel “tradurre” le regole di giudizio europee

Le sentenze strasburghesi impressero una spinta propulsiva alla giurisprudenza interna verso una più immediata ed efficace protezione dei diritti fondamentali delle persone ristrette<sup>138</sup>, anche colmando una lacuna della normativa penitenziaria quale la mancata determinazione della superficie detentiva minima. In tal senso, già a seguito dell’*affaire Suleimanovic*, si diffuse la convinzione che l’insegnamento della Corte strasburghese comportasse un sicuro «ampliamento della sfera delle tutele in capo al detenuto»<sup>139</sup>, dando luogo, così, al riconoscimento in favore del soggetto recluso del «diritto ad uno spazio detentivo minimo, quale corollario della dignità e della personalità»<sup>140</sup>. Infatti, come rilevato prontamente in dottrina, proprio la sentenza del 2009 ebbe un «impatto graduale [...] sul “contenzioso carcerario” interno», che si manifestò sotto forma di reclami volti, in un primo tempo, a conseguire «un miglioramento delle condizioni detentive», in un secondo tempo a «ottenere una riparazione pecuniaria»<sup>141</sup>. A seguito poi della sentenza Torreggiani del 2013 e della conseguente entrata in vigore del rimedio preventivo (art. 35-*bis* ord. penit) e soprattutto di quello compensativo (art. 35-*ter* ord. penit)<sup>142</sup>, è poi gradualmente divenuto pacifico l’obbligo dei giudici interni di applicare direttamente le regole di giudizio elaborate dalla giurisprudenza convenzionale in materia di sovraffollamento lesivo dei diritti fondamentali.

L’applicazione pratica della giurisprudenza convenzionale, però, pose sin da subito notevoli difficoltà ai giudici interni, innanzitutto per il suo «carattere casistico [per il quale] mal si presta ad essere ricostruita secondo generali ed omogenee linee di tendenza»<sup>143</sup>. Tale giurisprudenza, infatti, appare profondamente diversa da quella di legittimità che, in ossequio alla sua funzione nomofilattica, interpreta le leggi ed elabora principi di diritto, dunque enunciati generali e astratti che hanno struttura di norma di legge; al contrario, la Corte EDU produce decisioni che riguardano soltanto il caso concreto, caratterizzato dai tanti dettagli della vicenda umana riassunta nel ricorso<sup>144</sup> e dall’ordinamento preso in esame. Tale natura della giurisprudenza convenzionale si estrinseca anche rispetto all’art. 3 CEDU, posto che per consolidato orientamento interpretativo la Corte ritiene violata quest’ultima disposizione quando i trattamenti detentivi superano una soglia minima di gravità, «dato per sua natura relativo e ancorato alle circostanze del caso concreto»<sup>145</sup>. Tuttavia, le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza italiana – e tutt’ora non pienamente risolte – non si spiegano soltanto con riferimento a questa caratteristica generale delle pronunce di Strasburgo. A ben vedere, infatti, la giurisprudenza convenzionale in materia di *surpopulation*

---

<sup>138</sup> Cfr. R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”: tracciati e prospettive per il giudice e il legislatore*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 609 ss.

<sup>139</sup> L. CASTELLUCCI, *Art. 6*, in A. Giarda e G. Spangher (curr.), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2010, 10198.

<sup>140</sup> Così, in dottrina, A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani*, cit., 1272, parla di «diritto ad uno spazio personale minimo», in giurisprudenza ritenuto «incomprimibile» da Mag. sorv. Venezia, 6 febbraio 2014, Carlesco, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2014, 2673, con nota di A. ALBANO e F. PICOZZI, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*.

<sup>141</sup> Così, F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, n. 6/2013, 2265 ss.

<sup>142</sup> L’offrire rimedio giurisdizionale a condizioni detentive intollerabili «costituisce, di fatto, la ragione che ha determinato l’introduzione della nuova disciplina sui reclami». Così K. NATALI, *Il reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza*, Torino, 2019, 145.

<sup>143</sup> Così, *ex plurimis*, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 156.

<sup>144</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Natura della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto ai fini dell’art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni di nuova giurisprudenza ligure. Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali. Atti del Seminario del 12 ottobre 2012*, 2013, 10.

<sup>145</sup> Così, A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, 194.

*carcérale sévère*, sembra rappresentare una parziale eccezione, «poiché “aggancia” l’accertamento della situazione lesiva – e della “soglia minima di gravità” che il trattamento contestato deve attingere per impegnare la responsabilità dello Stato – a parametri esclusivamente oggettivi e suscettibili di essere generalizzati anche a prescindere dalle particolari circostanze del caso concreto»<sup>146</sup>.

#### 4.1. I primi passi della giurisprudenza interna: tra questioni pacifiche e controverse

L’interpretazione della giurisprudenza sovranazionale affermata tra i giudici interni, nei primi anni di applicazione dei nuovi rimedi giurisdizionali a tutela delle persone detenute, poggiava sull’assunto, indimostrato, che le due regole di giudizio affermate nelle sentenze [Sulejmanovic](#) e [Torreggiani](#) – in primo luogo, la quantificazione esplicita in 3 mq della superficie detentiva minima da garantire in media a ciascuna persona nelle celle a più posti; in secondo luogo, l’automatica violazione dell’art. 3 CEDU in ragione del mancato rispetto di tale parametro spaziale, a prescindere da qualsiasi altra valutazione – corrispondeva a un orientamento consolidato della giurisprudenza convenzionale. In altri termini, per tale quasi monolitico orientamento dei giudici di sorveglianza italiani<sup>147</sup>, qualsiasi scostamento al di sotto della soglia di 3 mq comportava, di per sé solo, la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, così configurando una presunzione *iuris et de jure* fondata esclusivamente su di un criterio di tipo geometrico; il tutto con un circoscritto temperamento, riconosciuto da assai minoritaria giurisprudenza, nel caso in cui il detenuto, pur disponendo di una superficie inferiore ai 3 mq, godesse della possibilità di trascorrere una consistente parte della giornata fuori dalla propria camera grazie al c.d. “regime aperto” o all’ammissione al lavoro all’esterno, stante l’evidente miglioramento delle condizioni di vita intramurarie che tali situazioni comportano<sup>148</sup>.

Risultò, invece, assai più divisiva la questione delle modalità di calcolo della superficie detentiva, in particolare se si dovesse, o meno, tenere conto dello spazio occupato dagli arredi e dell’area del bagno. Per quanto concerne l’area occupata dai sanitari, nonostante alcune indicazioni contraddittorie della giurisprudenza di Strasburgo e pur non negando che la disponibilità di un bagno di pertinenza della cella costituisca un elemento migliorativo della vita intramuraria, i giudici italiani si mostrarono sin da subito abbastanza compatti riguardo all’esclusione del bagno dalla superficie utile, registrandosi in senso contrario soltanto isolate pronunce<sup>149</sup>. Induceva a tale conclusione la normativa interna che prevede la collocazione di quest’ultimo al di fuori della camera di pernottamento propriamente intesa<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> Ivi, nota 164.

<sup>147</sup> F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperto: la violazione dell’art. 3 Cedu per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento “multifattoriale” e giurisprudenza europea. Appunti a margine della sentenza Corte EDU, 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia*, in [Archivio Penale](#), n. 3/2015, 5, lo definisce «pacifico e [...] inscalfibile».

<sup>148</sup> Sul punto, sia consentito rinviare ad A. ALBANO e F. PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detentivo minimo*, cit., 13, anche per la giurisprudenza di merito italiana e della Corte EDU ivi richiamata.

<sup>149</sup> Trib. Palermo, decr. 1° gennaio 2015, n. 3638, nonché Trib. civ. Torino, decr. 15 giugno 2015, che calcolava lo spazio fruibile considerando l’area del bagno, ma detraendo lo spazio occupato dal mobilio; nella giurisprudenza della Corte EDU, si ricordi la già citata [dec. Tellissi c. Italia](#).

<sup>150</sup> Il riferimento era all’art. 7, co. 1, reg. penit., a mente del quale: «[i] servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera»; previsione poi rafforzata dalla novella apportata, nel 2018, all’art. 8, co. 2, ord. penit., che attualmente recita: «[n]elle camere di pernottamento i servizi igienici, adeguatamente areati, sono collocati in uno spazio separato, per garantire la riservatezza».

Quanto al rilievo degli arredi, invece, si formarono diversi orientamenti<sup>151</sup>, ognuno dei quali riteneva di recepire correttamente le regole di giudizio affermate dalla Corte EDU<sup>152</sup>. Di tale evidente problema interpretativo non si ebbe immediata e nitida percezione in dottrina<sup>153</sup>, tanto che solo in seguito ne vennero rilevate la difficoltà<sup>154</sup>, la centrale importanza e la dignità di problema giuridico<sup>155</sup>, nonché il suo impatto quale cartina di tornasole della tenuta dei diritti e delle libertà evocate. Al contrario, la giurisprudenza quasi da subito prese atto di come tale problema interpretativo non costituisse «mero epifenomeno, giungendo, addirittura, a consustanziare il principio di diritto»<sup>156</sup>. Infatti, la sua soluzione, in un senso o nell'altro, risultava, e risulta tutt'ora, decisiva in molti procedimenti azionati dalle persone ristrette per situazioni di affollamento considerato disumano o degradante<sup>157</sup>.

Per un primo orientamento – già emerso nelle rare pronunce del periodo posteriore alla sentenza [Sulejmanovic](#)<sup>158</sup> – «al fine di calcolare lo spazio posto a disposizione di ogni singolo detenuto dalla Amministrazione penitenziaria, [è] sufficiente suddividere la superficie della camera di pernottamento [...] per il numero degli occupanti, senza tenere in alcun conto l'ingombro costituito dal mobilio, d'altro canto necessario per lo svolgimento [di] funzioni vitali (riposo, sonno, alimentazione)»<sup>159</sup>. A sostegno di tale tesi, si notava, da un lato, che «il Ministero della Giustizia ed il Governo italiano seguono il criterio del calcolo al lordo della superficie della cella» e che i dati sulla capienza degli istituti forniti al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa erano frutto di tale impostazione; proprio il fatto che quest'ultimo organo avesse riconosciuto al nostro Paese i «notevoli progressi effettuati sotto l'aspetto della consistente riduzione del sovraffollamento [...] costituisce allora altro chiaro indice della correttezza del metodo di calcolo in questione», dall'altro,

---

<sup>151</sup> Ha alluso «a una diffusa “schizofrenia di calcolo”», S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 139.

<sup>152</sup> Per un esempio in tal senso, cfr. Mag. sorv. Padova, ord. 13 novembre 2014, *omissis*, in [Persona e Danno](#), 2 gennaio 2015, con nota critica di A. ALBANO e F. PICOZZI, *Non serve negare il “pluralismo interpretativo” in tema di superficie intramuraria*.

<sup>153</sup> Anzi, nella fase iniziale di applicazione dei rimedi preventivi e compensativi, la questione era stata ampiamente sottovalutata dalla prevalente dottrina, tanto che accadeva di sentirla qualificare come quesito “non giuridico”, segno di una mentalità da “funzionari del catasto carcerario”, quando non da “geometri penitenziari”.

<sup>154</sup> Tra gli altri, cfr. G. GIOSTRA, *Art. 35-ter*, in F. Della Casa e G. Giostra (curr.), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, 418.

<sup>155</sup> In proposito cfr., tra gli altri, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, n. 3/2016, 1209, che parlava di «questione di diritto decisiva» ai fini della «stessa configurazione di una garanzia elementare: il diritto del detenuto a uno spazio minimo *incomprimibile*».

<sup>156</sup> Trib. sorv. Venezia, ord. 22 luglio 2014, Triki, inedita; per l'impiego di analogia terminologica, in quegli anni, sia consentito rinviare a A. ALBANO e F. PICOZZI, *Sovraffollamento penitenziario: come si calcolano i tre metri quadrati?* in [il Ricostituente Blog](#).

<sup>157</sup> Icastico in tal senso, e tutt'altro che isolato, era l'esempio riferito da C. MINNELLA, *Nel calcolo dello spazio detentivo minimo vanno scomputati gli armadi*, in *Dir. e giust.*, 29 dicembre 2014. L'a. riportava il caso, deciso dal Magistrato di sorveglianza di Bologna con ordinanza del 26 settembre 2014. Il Giudice precedente, infatti, appurato che la superficie lorda della camera era pari a 3,16 mq pro capite, aveva sottratto da questa l'ingombro medio cagionato dagli armadi, pari a 0,18 mq. In virtù di ciò, constatava che «si è scesi sotto i 3 metri quadrati dello spazio minimale di vivibilità per il ristretto con conseguente violazione dell'art. 3 Cedu».

<sup>158</sup> V. infatti Mag. sorv. Lecce, 9 giugno 2011, Slimani, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), con nota di A. INGRASSIA, *Sovraffollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di sorveglianza*.

<sup>159</sup> Trib. sorv. Venezia, 22 luglio 2014, Triki, cit., ove la scelta di questo criterio di calcolo era effettuata anche tenendo conto del fatto che il detenuto poteva «trascorrere, al di fuori della cella, ben otto ore al giorno». In senso analogo, Mag. sorv. Ancona, ord. 10 febbraio 2015, n. 204, Corucci, a parere del quale non solo «la superficie calpestabile delle camere detentive non è ridotta dalla presenza di armadietti sospesi e di tavoli», né di letti, che rappresentano una superficie «vivibile anche orizzontalmente», come pure di «armadi fissi a terra [...] che] servono per ordinare e organizzare gli oggetti dei ristretti all'interno delle celle, rendendole più ordinate e vivibili», ma è tutta la superficie occupata dagli arredi che «non va scomputata dalla metratura della camera».

che l'affermazione di un criterio di calcolo opposto avrebbe potuto condurre al paradossale risultato di indurre l'autorità penitenziaria «ad eliminare gli armadi [...] oppure applicare dei ganci attaccapanni alle pareti ad un'altezza tale da non impedire l'utilizzo dello spazio di calpestio», per non incorrere in una lesione dello spazio minimo vitale<sup>160</sup>. Anche in sede civile, la tesi del calcolo della superficie al lordo del mobilio trovò sostenitori ad avviso dei quali nemmeno la [sentenza Torreggiani](#) – là dove accenna alla *présence de mobilier dans les cellules* – forniva indicazioni in favore dello scomputo della mobilia dallo spazio utile per la persona. Infatti, tale riferimento della Corte EDU andrebbe piuttosto inteso soltanto come mero argomento *ad abundantiam*, avendo già essa riconosciuto la colpevolezza dello Stato, sulla sola base dell'insufficienza della superficie disponibile per persona<sup>161</sup>. Critiche furono però sollevate verso tale orientamento, posto che rappresentava l'interpretazione più restrittiva possibile di un parametro spaziale da intendersi come minimale, in qualche modo erodendo le garanzie della persona reclusa<sup>162</sup>.

All'estremo opposto, vi era chi adottava un criterio di calcolo dello spazio detentivo consistente nello scomputo totale del mobilio presente nella camera di pernottamento<sup>163</sup>. In tal senso, si considerava che la superficie di 3 mq dovesse essere “calpestabile” e che, pertanto, andasse detratta tanto l'area ricoperta dagli arredi fissi quanto quella occupata dai letti o, addirittura, dagli sgabelli<sup>164</sup>. A parte un eccentrico richiamo alla normativa interna concernente l'allevamento dei vitelli<sup>165</sup>, simili tesi sembravano trovare il loro unico fondamento in quella parte di giurisprudenza convenzionale che faceva riferimento all'arredamento quale elemento che restringe ulteriormente la libertà di movimento nella cella<sup>166</sup>. Va però rilevato come considerare la mobilia quale limite ulteriore alla libertà di movimento o specificare che tale libertà comunque debba essere assicurata non significa che si debba detrarre l'area occupata da tutti i mobili o da alcuni, trattandosi di posizioni molto differenti che, nel tempo, in Italia si sono confuse. Inoltre, tale orientamento non trovava appigli nemmeno nella normativa nazionale che, parlando di «locali destinati al pernottamento» consistenti in «camere dotate di uno o più posti»<sup>167</sup> e precisando che «[c]iascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto»<sup>168</sup>, lascia intendere che negli ambienti comunemente definiti “celle” è normativamente prevista la presenza di un letto per persona, con ciò non sembrando dare sponda a un esito interpretativo consistente nello scomputare dalla superficie del locale di pernottamento proprio lo spazio occupato dal letto.

La prevalente giurisprudenza di merito si orientò però in un senso intermedio – non privo di sfumature differenti al suo interno – che propendeva per il calcolo della superficie al netto del solo mobilio “fisso” o non fruibile di giorno. Per tale diffuso orientamento occorre procedere a uno scomputo selettivo della mobilia presente nella cella, in quanto solo taluni arredi avrebbero sottratto spazio “vivibile” alla persona: ad esempio, veniva distinto lo spazio occupato dall'armadio (da non considerare), da quello occupato dai letti o dalle sedie che, invece, avrebbe dovuto essere compreso nel calcolo della superficie vivibile, trattandosi di mobile utilizzabile anche durante la giornata o comunque facilmente amovibile<sup>169</sup>. In questa ottica: «ai fini della valutazione dello spazio

---

<sup>160</sup> Trib. sorv. Ancona, ord. 28 ottobre 2015, n. 1289, Boca, cui si riferiscono i virgolettati precedentemente riportati.

<sup>161</sup> Trib. ord. Milano, decr. 22 aprile 2015, n. rg. 54984, Prodoan, inedito.

<sup>162</sup> In tal senso, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 9.

<sup>163</sup> Mag. sorv. Venezia, ord. 6 febbraio 2014, Carlesco, cit.

<sup>164</sup> In tal senso, *ex plurimis*, Mag. sorv. Catanzaro, ord. 21 luglio 2014, Di Palma, inedita.

<sup>165</sup> Il riferimento è al d.lgs. 7 luglio 2011, n. 126, operato da Mag. sorv. Venezia, ord. 22 maggio 2014, Maritan; ermeneusi non condivisa da Trib. sorv. Venezia, ord. 22 luglio 2014, Maritan, cit., che, nell'annullare l'ordinanza del giudice di prime cure, rileva l'improprietà di tale riferimento analogico al mondo bovino.

<sup>166</sup> Si veda, ad es., [Corte EDU, sent. Torreggiani, cit.](#), § 75.

<sup>167</sup> Art. 6, co. 3, ord. penit.

<sup>168</sup> Art. 6, co. 7, ord. penit.

<sup>169</sup> In tal senso, si affermava che le brande sono «utilizzate per distendersi e dunque rientranti nello spazio

minimo “vitale”, deve considerarsi non lo spazio “calpestabile”, ma quello utilizzabile per lo svolgimento delle attività quotidiane di vita, che può svolgersi anche utilizzando il letto o rimanendo seduti su uno sgabello»<sup>170</sup>. Tale impostazione finì per prevalere nella giurisprudenza di merito, almeno sino all’ottobre del 2016, non tanto per una sua oggettiva maggior correttezza in diritto quanto perché presenta il pregio di tutte le tesi mediane, essendo allineata a «un criterio di valutazione prudenziale, [stante il] difetto di specifiche indicazioni normative [e la] presenza di generiche indicazioni nella giurisprudenza C.E.D.U. e della Corte di Cassazione»<sup>171</sup>. Si è visto, infatti, come la giurisprudenza convenzionale sul punto fosse in quegli anni elusiva e talvolta contrastante; nello stesso periodo, dalla Cassazione italiana non provenivano indicazioni risolutive, essendosi quest’ultima limitata ad alcuni, peraltro parzialmente contraddittori<sup>172</sup>, *obiter dicta*, mediante i quali non riusciva «a “governare” l’interpretazione e applicazione giurisprudenziale dell’ampio numero di variabili dalle quali i giudici di Strasburgo fanno dipendere la valutazione di umanità della condizione detentiva»<sup>173</sup>.

Invero, se in un primo, isolato, caso la Corte di legittimità, senza affrontare *ex professo* il problema, aveva valutato nel merito il ricorso, così sottintendendone l’ammissibilità<sup>174</sup>, in seguito all’entrata in vigore dell’art. 35-bis ord. penit., si era orientata nel senso di ritenere inammissibili i ricorsi volti a censurare la scelta del giudice di merito riguardo al metodo di computazione dello spazio disponibile. La Corte, infatti, muoveva dal presupposto per cui «il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza» fosse «esperibile esclusivamente per violazione di legge»<sup>175</sup>; in materia, però, si riscontra il «difetto di alcuna disposizione normativa e tampoco legislativa o codicistica» che stabilisse quale fosse e come andasse calcolata la superficie detentiva minima; conseguentemente, il giudice interno è chiamato a operare la propria valutazione sulla sussistenza dei «requisiti minimi di abitabilità intramuraria» «esclusivamente alla stregua dei canoni e degli standard giurisprudenziali» della Corte di Strasburgo, dunque soltanto «sulla base della *regula* di giudizio di matrice giurisprudenziale» europea. Pertanto, la suprema Corte concludeva nel senso che, in sede di legittimità, il provvedimento giurisdizionale di merito fosse sindacabile, sotto il profilo della violazione di legge, esclusivamente nel caso della «mancanza di motivazione»<sup>176</sup>. Il problema fu superato solo in una fase successiva, quando la Corte di cassazione

---

concretamente disponibile», Mag. sorv. Padova, 30 maggio 2013, *omissis*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2013, 1, 168. Similmente Mag. sorv. Genova, 12 settembre 2014, Dumitru, inedita, che ritiene argomento decisivo per computare anche la superficie occupata dal letto, il fatto che questo elemento di arredo sia «fruibile quale seduta e quale sede di svolgimento di attività quotidiane, anche in orario diurno».

<sup>170</sup> Così Mag. sorv. Padova, ord. 10 luglio 2014, Mora Claveira, inedita; nello stesso senso, ma con diversa terminologia, cfr. Trib. sorv. Venezia, ord. 22 luglio 2014, Maritan, ove si aggiungeva che «il concetto di *living space* di cui alle pronunzie della Corte EDU sia meglio traducibile in “spazio abitabile” piuttosto che non in “spazio vitale”. E, dunque, la superficie, in metri quadrati, da dividere per il numero degli occupanti della cella sarà comprensiva dell’ingombro dei letti, del tavolo e degli sgabelli e non di quello degli armadi fissi a terra».

<sup>171</sup> Così, Mag. sorv. Reggio Emilia, ord. 25 febbraio 2015, n. 419, Begal, inedita.

<sup>172</sup> *Amplius* sul punto, A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, cit., 145 s.

<sup>173</sup> Così D. VERRINA, *L’orizzonte delle interpretazioni in materia di rimedi compensativi alla disumanità della pena*, in *Questione Giustizia*, 3 agosto 2015, 4.

<sup>174</sup> C. cass., sent. 27 settembre 2013, n. 42901, in *Persona e Danno*, cit., in cui la Corte, riscontrando come il Magistrato di sorveglianza avesse correttamente accertato che lo spazio garantito era superiore ai limiti indicati dalla Corte di Strasburgo, aveva respinto, perché infondato, il ricorso della persona reclusa.

<sup>175</sup> C. cass., sent. 19 dicembre 2013, Berni, n. 5728/2014, in *Cass. pen.*, n. 4/2014, 1197 ss.

<sup>176</sup> Nello stesso senso C. cass., sent. 19 dicembre 2013, Carnoli, n. 5729/2014 e, successivamente, sent. 27 novembre 2014, Vecchina, n. 53011, nonché sent. 29 ottobre 2014, n. 8570/2015, Serafin, ove si ribadiva l’inammissibilità di un ricorso, poiché il mancato rispetto della giurisprudenza convenzionale non poteva essere sindacato come “violazione di legge”, salvo che la motivazione non fosse apparente o mancante, dovendosi dichiarare inammissibili le impugnazioni volte a censurare la scelta di un metodo di computazione della superficie intramuraria.

cominciò a essere chiamata a pronunciarsi in merito ai rimedi compensativi *ex art. 35-ter* ord. penit. In tali occasioni, infatti, non poteva più esimersi dal pronunciarsi *ex professo* sulla questione di diritto del metodo di computazione della superficie carceraria, poiché l'art. 35-ter ord. penit. individua, quale presupposto per il riconoscimento della "compensazione", il fatto che il detenuto abbia subito un pregiudizio consistente «in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione», come interpretato dalla Corte EDU, operando in tal modo un rinvio mobile alle regole di giudizio elaborate da quest'ultima. A fronte di questa tecnica normativa, la Corte di cassazione concludeva nel senso che «[i]l mancato rispetto dei criteri interpretativi dettati» dai giudici di Strasburgo «integra[ss]e una violazione di legge» ai fini della proponibilità del ricorso per Cassazione<sup>177</sup>.

##### 5. La I Sezione Penale non recepisce i principi sanciti dalla Grande Camera di Strasburgo: il concetto di "superficie idonea al movimento"

Al garbuglio esegetico emerso nella giurisprudenza nazionale in questa prima fase, aveva certamente contribuito l'assenza di indicazioni univoche da parte della Corte EDU. Tuttavia, con l'approdo rappresentato dalla sentenza di [Grande Camera Muršić](#) dell'autunno 2016 ci si sarebbe potuto attendere un'agevole risoluzione della gran parte delle incertezze emerse nella giurisprudenza italiana. Così non è stato, poiché la Corte di cassazione, pur dichiarando di conformarsi al nuovo orientamento di Strasburgo, in realtà lo ha seguito solo in parte, addirittura modificando il proprio metodo di calcolo della superficie detentiva in modo da allontanarsi ancor di più da quanto in contemporanea sancito dalla Grande Camera. Si è così data vita a una linea interpretativa nazionale dell'art. 3 CEDU parzialmente inconciliabile con quella della Corte EDU e, dunque, non rispettosa dell'art. 35-ter ord. penit.

La nota sentenza *Sciuto* della I Sezione penale diede avvio a questo percorso non ancora concluso<sup>178</sup>. Le motivazioni della pronuncia, nel cui ambito venivano riportati ampi estratti della [sentenza Muršić](#), muovevano dalla necessità di chiarire le modalità di computo dello spazio minimo vitale per la persona posta in cella collettiva, essendo ciò inevitabilmente legato al corretto modo di concepire la nozione di spazio minimo vitale. Spazio che, nella visione della Corte italiana, va concepito come ambito nel quale i reclusi hanno la possibilità di muoversi; si giungeva così al vero elemento di novità della sentenza *Sciuto*, ovvero la considerazione del letto – che per comune esperienza è normalmente un letto a castello dal peso notevole – quale elemento che limita il movimento e che, per tal ragione, deve essere scomputato dal calcolo della superficie detentiva disponibile. Ne derivava il principio di diritto per cui «per spazio minimo individuale in cella collettiva va intesa la superficie della camera detentiva fruibile dal singolo detenuto ed idonea al movimento, il che comporta la necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi ma anche quello occupato dal letto»<sup>179</sup>. Principio poi ripreso e, per certi aspetti, precisato da successive pronunce, nelle quali<sup>180</sup> si è ribadito il criterio di calcolo dello spazio detentivo «al netto dell'ingombro dei soli arredi fissi, che, in quanto tali, impediscono il moto», cioè gli armadi e i letti a castello; ciò in quanto la superficie deve essere

---

<sup>177</sup> È in tal senso, tra le altre, C. cass., Sez. I, sent. 21 aprile 2017, n. 22292, Ianni, in [Giurisprudenza Penale](#), n. 6/2017, con nota introduttiva di F. CAPPELLETTI, *Spazio vitale minimo in cella al netto dell'ingombro del letto: il consolidamento della giurisprudenza di legittimità*.

<sup>178</sup> C. cass., Sez. I, sent. 9 settembre 2016, n. 52819, *Sciuto*, in *Cass. pen.*, n. 3/2017, 1180 ss., con nota di F. FIORENTIN, *Rimedi risarcitori per l'inumana detenzione: il giudice ordinario come l'asino di Buridano*.

<sup>179</sup> C. cass., sent. 9 settembre 2016, *Sciuto*, cit.

<sup>180</sup> Sottolinea tale continuità nella giurisprudenza della I Sezione penale F. GIANFILIPPI, *La fase decisionale*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa*, cit., 499.

«fruibile per il moto, che non è [...] certamente impedito o ristretto da quegli articoli amovibili, come sgabelli o tavoli e gli stessi letti non incastellati»<sup>181</sup>; inoltre, si è puntualizzato che «lo spazio fruibile all'interno della camera detentiva, non contenibile al di sotto della soglia minima predetta, deve essere inteso come superficie libera che consenta la possibilità di muoversi e non di svolgere altre attività, intellettive o manuali, che implicino la stazione eretta o distesa»<sup>182</sup>.

Tornando alla sentenza Sciuto, secondo i suoi estensori, il principio da essa affermato era da considerare «conforme alla stessa evoluzione della giurisprudenza CEDU», in quanto la [sentenza Muršić](#) non avrebbe espresso «una posizione specifica sul tema del letto», limitandosi a una «indicazione *funzionale* dello spazio minimo individuale come spazio destinato al movimento»<sup>183</sup>. Questa sorprendente affermazione è stata poi ripresa in una pronuncia di poco successiva, nella quale, da un lato, veniva sostenuto che la Corte di Strasburgo «non [avesse] affrontato in modo espresso [...] il tema delle modalità di computo dello spazio minimo individuale», dall'altro, che la medesima Corte avesse «soltanto osservato che “la superficie totale della cella non deve comprendere quella dei sanitari”»<sup>184</sup>.

Orbene, tali affermazioni paiono cozzare con la più volte ricordata regola di giudizio sul metodo di computo dello spazio intramurario, espressamente sancita dalla Corte EDU nell'ottobre del 2016, in base alla quale «il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili»<sup>185</sup>. Per giunta, l'assunto della suprema Corte italiana sembra comunque smentito in modo chiaro dal fatto che la Corte EDU, nella [sentenza Muršić](#), avesse in concreto applicato i noti principi, non scomputando lo spazio occupato dagli arredi e – diversamente da quanto fatto dalla Camera nel 2015 – detraendo dalla superficie totale quella del bagno<sup>186</sup>. Forse per queste ragioni, anche chi in dottrina ha sostenuto, con ampie argomentazioni, la posizione espressa dalla I Sezione penale, comunque non è giunto a escludere «che la Corte europea, in punto di fatto, abbia computato lo spazio del letto in quello minimo vitale»<sup>187</sup>. A smentire ulteriormente l'affermazione della Corte italiana, occorre altresì ricordare che i giudici di Strasburgo si erano occupati espressamente del criterio di computo della metratura disponibile anche perché era stato chiesto loro di farlo da un'organizzazione non governativa italiana che, in qualità di terzo interveniente – ai sensi dell'art. 44 del Regolamento della Corte EDU – invitato la Grande Camera a fornire «un criterio univoco riguardo allo spazio personale disponibile in carcere»<sup>188</sup>, invito al quale il giudice europeo aveva dato effettivamente seguito, sia pure non nel senso presumibilmente auspicato dagli *amici curiae*.

Il lineare quadro ricostruttivo per cui la dimensione minima dei 3 mq deve accompagnarsi alla “normale” libertà di movimento veniva, però, letto dalla Cassazione in un modo impropriamente modificativo del metodo di calcolo elaborato dal giudice alsaziano. In sintesi, il filone inaugurato dalla sentenza *Sciuto* pareva operare un'impropria *reductio ad unum* di due criteri distinti, il primo dei quali concernente la modalità di calcolo dello spazio detentivo (al netto del bagno e al lordo del

---

<sup>181</sup> Cfr. Cass, sent. 17 novembre 2016, n. 40520, Triki.

<sup>182</sup> Cfr. Cass, Sez. I, 17 novembre 2016, n. 13124, Morello.

<sup>183</sup> C. cass., sent. 9 settembre 2016, Sciuto, cit.

<sup>184</sup> Cfr. C. cass., Sez. I, sent. 17 novembre 2016, Triki, cit.

<sup>185</sup> [Corte EDU, G.C., sent. 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia](#), cit., § 114.

<sup>186</sup> Come risulta dalla tabella riportata nella sent. 20 ottobre 2016, [Muršić c. Croazia](#), cit., § 17. Altrettanto chiara, nel senso di sottrarre dalla superficie totale della cella soltanto lo spazio occupato dalle installazioni sanitarie, è la tabella riportata nella [sent. Petrescu c. Portogallo](#), cit., § 11 e richiamata nel § 104 di quest'ultima pronuncia. Si veda anche [sent. 12 marzo 2015, Muršić c. Croazia](#), cit., § 12 s.

<sup>187</sup> Cfr. R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”*, cit., 629.

<sup>188</sup> Il riferimento è a l'Altro Diritto Onlus, *Intervento di terzi* del 9 novembre 2015, nel caso [Muršić c. Croazia](#), in [ADIR – L'altro diritto](#), 6.

mobilio) e il secondo riguardante la garanzia di potersi muovere “normalmente” nella cella<sup>189</sup>, avviando un’interpretazione tendenzialmente più favorevole ai detenuti ricorrenti<sup>190</sup> – poiché conduce non di rado i giudici interni a rilevare la violazione dei diritti umani in casi in cui la Corte EDU non sarebbe giunta alla medesima conclusione<sup>191</sup> – ma certo non conforme alle regole di giudizio sulle quali, proprio nello stesso periodo, si attestava la Corte di Strasburgo<sup>192</sup>.

Si comprende, pertanto, per quale ragione si è dubitato di come in tal modo la suprema Corte si mantenesse nei limiti propri dell’attività interpretativa<sup>193</sup>, come tale difficilmente compatibile con il fondamentale canone di soggezione del giudice alla legge di cui all’art. 101 Cost.<sup>194</sup>. Inoltre, la soluzione prospettata dal giudice di legittimità presentava un ulteriore inconveniente, potendo indurre l’Amministrazione penitenziaria a ridurre al minimo la mobilia oppure – come auspicato da alcuni commentatori – a dotare «le celle di arredi semiremovibili o pensili affissi ad altezze tali da non intralciare il libero movimento dei detenuti»<sup>195</sup>. Seppure astrattamente legittime e largamente praticate in altri Stati europei, tali ipotetiche scelte non sembrano di certo porsi quale progresso nella garanzia di vivibilità degli spazi, potendo addirittura costituire – come nel caso dei letti a scomparsa – elementi in qualche misura storicamente regressivi<sup>196</sup>.

---

<sup>189</sup> In senso in certa misura simile F. FIORENTIN, *Risarcimenti per la detenzione in condizioni inumane e degradanti: il giudice italiano guarda alla giurisprudenza Muršič (e oltre) per il bilanciamento dei criteri di accertamento*, in [Archivio Penale](#), n. 2/2017, 729, che parla di “fusione” di «due dei tre criteri elaborati dalla giurisprudenza europea Ananyev seguita dalla [Muršič](#), nel (nuovo) concetto di “spazio minimo vivibile” o “funzionale” che finisce per essere, appunto, la risultante di due dei criteri europei».

<sup>190</sup> In tal senso cfr. M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 marzo 2017; nello stesso senso F. CAPPELLETTI, *Spazio vitale minimo in cella al netto dell’ingombro del letto*, cit., ad avviso del quale «la soluzione interpretativa offerta dall’indirizzo giurisprudenziale [di legittimità] che va, sempre più, consolidandosi appare senz’altro idoneo a garantire il più alto grado di effettività alla tutela del diritto garantito dall’art. 3 CEDU».

<sup>191</sup> È simile il tenore delle considerazioni di A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (curr.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol. II., Milano, 2018, 816, ad avviso della quale «[i]n alcuni casi la sensazione è che la Cassazione spesso interpreti la giurisprudenza europea con una certa libertà, pervenendo in molti casi ad esiti più favorevoli di quelli ai quali sarebbero pervenuti i giudici di Strasburgo».

<sup>192</sup> In tal senso, in dottrina, sia pure con differente sfumatura: F. FALDI e L. DEGL’INNOCENTI, *Il rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen. e la tutela dei diritti del detenuto*, Milano, 2017, 102 ss.

<sup>193</sup> In tal senso cfr. A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, cit., 142 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v., *ex plurimis*, Mag. sorv. Varese, ord. 13 marzo 2018, n. 929, Neglia, inedita, ove si afferma che quello della I Sezione costituisce «un approdo ermeneutico che [...] non trova copertura nella giurisprudenza sovranazionale»; infatti, al di là delle «poco persuasive [...] motivazioni formali addotte» dalla Corte di legittimità, «la scelta giurisprudenziale di adottare un criterio migliorativo rispetto agli approdi CEDU risponde ad un obiettivo “alto” di politica penitenziaria».

<sup>194</sup> Ad esempio, si era ipotizzato in seno alla c.d. Commissione Giostra per la riforma dell’ordinamento penitenziario di intervenire sul punto (in [Diritto Penale Contemporaneo](#)) mediante l’inserimento di un nuovo co. 3 nell’art. 6 ord. penit., così formulato: «[l]e camere a più posti devono garantire uno spazio individuale minimo di tre metri quadrati al netto degli arredi, mobili e fissi, nonché dei servizi igienici». Tale ipotesi non appariva la più razionale, poiché perseguiva nella maniera più tortuosa l’obiettivo di concedere ai detenuti *standard* spaziali più generosi rispetto a quelli convenzionali. A tal fine, risultava più convincente la proposta, avanzata in dottrina, di riconoscere con legge le superfici minime auspiccate dal CPT nel suo documento del 2015; in quest’ultimo senso, A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1210. Nello stesso senso, A. ALBANO e F. PICOZZI, *Buone nuove da Strasburgo*, cit., 2, i quali rammentavano come il Comitato calcolasse, per prassi consolidata, gli spazi al lordo della mobilia.

<sup>195</sup> V. A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell’art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 1/2017, 131, secondo la quale la sentenza della Grande Camera «potrebbe dare *i[n]put* positivo all’amministrazione penitenziaria» a modificare le dotazioni delle celle nella maniera sopra descritta.

<sup>196</sup> In proposito si rinvia a *Incontro con Mauro Palma (Roma, 3 aprile 2017)*: nell’intervista rilasciata nell’ambito del progetto [L’architettura del carcere. Da spazio di detenzione a luogo di relazione](#), il Presidente del Collegio del Garante

Oltre al principio di diritto sul quale ci si è lungamente soffermati, la Corte, sempre alla luce della coeva sentenza della Grande Camera, osservava che la disponibilità nella cella di una superficie media inferiore ai 3 mq ingenera, non un'automatica lesione, ma una forte presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, che può essere riequilibrata da adeguati elementi compensativi inerenti alla condizione detentiva. Tale statuizione, a differenza dell'altra sul metodo di calcolo, corrispondeva a una delle regole di giudizio della giurisprudenza strasburghese<sup>197</sup>. Peraltro, una pronuncia di poco successiva, integrò tale *obiter dictum*, in maniera non irragionevole, con la precisazione per cui «l'eventuale riduzione dei 3mq non dovrebbe essere particolarmente significativa, altrimenti nessun regime di favore o nessuna opportunità trattamentale potrebbe consentire la deroga»<sup>198</sup>.

### 5.1. Le incertezze riguardanti il tipo di letto idoneo a sottrarre spazio utile al movimento

La re-interpretazione della [sentenza Muršić](#) operata dalla giurisprudenza di Cassazione ha dato luogo a ulteriori incertezze e divergenze su un punto non compiutamente chiarito, ovvero se tutti i tipi di letto, o soltanto alcuni, comportino una riduzione dello spazio detentivo a disposizione delle persone recluse.

Si era così generato un filone di pronunce che riteneva necessario sottrarre lo spazio occupato dal letto soltanto se questo fosse a castello<sup>199</sup>, a fronte di altre sentenze – componenti un indirizzo minoritario – ove espressamente si optava per la detrazione dell'area occupata dal letto, senza far differenza tra il “multilivello” e il singolo<sup>200</sup>. Si era altresì formato un orientamento ermeneutico, in un certo senso intermedio, poiché sosteneva che, nel calcolo dello spazio goduto dal ricorrente, andassero scomputati i letti singoli assegnati agli altri reclusi, ma non quello dell'interessato<sup>201</sup>. Tutti questi orientamenti attribuivano alla [sentenza Muršić](#) la paternità di criteri volti a distinguere fra i diversi tipi di letto, senza che da quest'ultima emergesse alcuna indicazione in tal senso.

L'opzione di detrarre lo spazio occupato dal letto solo se a castello genera una conseguenza un po' paradossale, perché se nella stessa cella si dispongono tre letti singoli la misurazione è al lordo, mentre al contrario, con un solo letto a castello di tre piani – che, *ça va sans dire*, occupa meno superficie rispetto a tre letti singoli<sup>202</sup> – la misurazione è al netto. L'effetto collaterale,

---

nazionale dei diritti delle persone private della libertà ha chiarito come «[i] mobili in cella sono una conquista, quindi io non sono d'accordo con la tendenza a sottrarre tutto il mobilio; si rischia di tornare indietro (ai letti ribaltabili o altre assurdità simili) come risposta dell'amministrazione a vincoli troppo stringenti». Altro sarebbe muoversi in una direzione concettuale di ripensamento globale della mobilia carceraria come sembra fare il concorso nazionale d'idee per la progettazione degli arredi specificatamente destinati agli istituti penitenziari lanciato dall'Ordine degli architetti con il Ministero della giustizia rinvenibile sulla [piattaforma concorsi](#). Naturalmente si tratterebbe di una soluzione ottimale ma onerosa che comunque distoglierebbe risorse materiali da altri ambiti altrettanto cruciali del settore penitenziario.

<sup>197</sup> *Amplius*, v. F. PICOZZI, *La densità detentiva sul piano sovranazionale*, cit., 55 ss.

<sup>198</sup> C. cass., Sez. I, sent. 17 novembre 2016, n. 23713, Tenore.

<sup>199</sup> Cfr. C. cass., sent. 17 novembre 2016, Triki, cit. In senso conforme, C. cass., sent. 17 novembre 2016, Morello, cit.; C. cass., Sez. I, sent. 27 aprile 2017, n. 44866; C. cass., Sez. I, sent. 26 maggio 2017, n. 41211.

<sup>200</sup> Per un'esplicita affermazione in tal senso, C. cass., Sez. I, sent. 17 novembre 2016, n. 23714, Oprea, che, in primo luogo, non attribuisce rilievo agli «arredi facilmente amovibili», cioè non sottrae la superficie da essi ingombrata; in secondo luogo, afferma «la necessità di escludere dal computo quelle superfici occupate da strutture tendenzialmente fisse», tra le quali «va incluso il letto, generalmente a castello e fisso, ma anche se non connotato da tali caratteristiche, introducendosi la nozione di mobilio “tendenzialmente fisso”, per evitare dubbi interpretativi e creare disparità di trattamento (è ovvio che una cella debba necessariamente includere un letto)».

<sup>201</sup> C. cass., Sez. I, sent. 7 novembre 2019, n. 45925, Trigona.

<sup>202</sup> Tanto è vero che, per es., il Comitato Internazionale della Croce Rossa nella *Supplementary Guidance* al manuale *Water, Sanitation, Hygiene and Habitat in Prisons*, cit., 32 ss., nel riprendere il proprio parametro spaziale di 3,4 mq lordi per persona detenuta (considerato che, a rigore, per stessa ammissione del Comitato, non si tratta di uno *standard* minimo perché ICRC piuttosto che *minimum standards* prevede “specifiche tecniche raccomandabili” – in originale *technical recommended specifications*), spiega che laddove vi sia una camera detentiva che accoglie quattro persone,

presumibilmente neppure voluto, di questa giurisprudenza, rischia di essere quello di spingere l'amministrazione penitenziaria a utilizzare maggiormente i letti non "incastellati", con detrimento certo sulla disponibilità di spazio per spostarsi all'interno della cella.

Peraltro, nell'ambito di questo orientamento maggioritario – favorevole a scomputare solo lo spazio occupato dal letto a castello – emergevano argomentazioni disomogenee e tra loro incompatibili a sostegno della differenziazione fra i diversi tipi di giaciglio, ai fini del calcolo della superficie della cella.

Pare esemplare delle argomentazioni più diffuse una pronuncia di poco successiva alla sentenza *Sciuto*, in cui si assumeva che lo spazio detentivo andasse calcolato al netto dell'ingombro dei soli arredi fissi che impediscono il moto, occorrendo dunque detrarre la superficie occupata dagli armadi e dai letti a castello e non potendosi considerare che articoli amovibili, come sgabelli, tavoli e letti non a castello, riducano lo spazio fruibile per il movimento<sup>203</sup>.

In tale ottica, la distinzione sarebbe dipesa, dunque, da una questione di differente stazza dei due tipi di giaciglio, come precisato in altra pronuncia, in cui si affermava che il solo «letto a castello [...] presenta un peso tale da non poter essere spostato ed è quindi idoneo a restringere, al pari degli armadi appoggiati o infissi stabilmente al suolo, lo spazio, all'interno della camera detentiva e a costituire un ingombro»<sup>204</sup>.

Tale modo di argomentare della Corte di legittimità non appare molto persuasivo, poiché se davvero il discrimine risiede nella facile amovibilità dell'elemento di arredo, si può comprendere che si considerino tali sedie, sgabelli o piccoli tavoli, mentre difficilmente si può considerare alla stessa stregua un letto, benché singolo.

Per contro, in altre pronunce, la Cassazione fondava il discrimine non sulla differenza di peso ma sulla diversa possibilità di utilizzi dei mobili, ulteriori rispetto al dormire<sup>205</sup>. In tal senso, si affermava che «il letto singolo ha struttura diversa da quello c.d. a castello e si limita a impegnare la sola superficie calpestabile, ma non la colonna d'aria sovrastante che è suscettibile di adeguata e separata fruizione». Il detenuto, infatti, può utilizzare tale spazio «non solo per il riposo, ma per svolgere attività di carattere diverso, dalla lettura alla scrittura, sino al movimento degli arti stessi in posizione sdraiata».

Al contrario, il letto a castello «occupa la superficie di calpestio, la relativa colonna d'aria sovrastante e impedisce ogni fruizione dello spazio al ristretto potendo essere impiegato per la sola finalità di riposo»<sup>206</sup>.

In questa ottica, dunque, si impiegava un'idea di «spazio fruibile» differente da quella, poco sopra esaminata, che lo intendeva come superficie libera che consente di camminare nella cella, non considerando spazio fruibile quello che permette di svolgere altre attività, intellettive o manuali, stando seduti o distesi<sup>207</sup>.

---

se vi sono altrettanti letti singoli la cella dovrà misurare 13,6 mq (cioè 3,4 mq moltiplicato per 4), inclusivi della superficie di 1,6 mq che è quanto misura ognuno dei 4 letti singoli) mentre se vi sono due letti a castello da due posti ciascuno, la cella dovrebbe misurare 10,4 mq (cioè 2.6 mq moltiplicato per 4, includendo 1.6 mq per ognuno dei 2 letti a castello doppi). Questo per l'ovvia ragione che «*[w]hile bunk beds take up less overall cell space, in both cases the available open floor space for four people, excluding the bed space, is the same, i.e. 7.2 m<sup>2</sup>*».

<sup>203</sup> Cfr. C. cass., Sez. I, sent. 17 novembre 2016, n. 40520, cit.

<sup>204</sup> C. cass., Sez. I, sent. 26 maggio 2017, n. 41211, Gobbi.

<sup>205</sup> C. cass., Sez. I, sent. 30 ottobre 2019, Buscemi, ove si afferma che la Corte «ha ordinariamente incluso nello spazio individuale minimo, invece, il letto singolo (sulla scorta del fatto che esso è utilizzabile anche per sedersi, per leggere, ecc.)».

<sup>206</sup> C. cass., Sez. I, sent. 22 marzo 2019, n. 17907, Viola.

<sup>207</sup> C. cass., sent. 17 novembre 2016, Morello, cit.

## 6. La valutazione della densità detentiva in caso di consegna del detenuto a un altro Stato

Negli stessi anni in cui si formava e consolidava l'orientamento giurisprudenziale della I Sezione penale inaugurato dalla sentenza *Sciuto*, altre Sezioni seguivano interpretazioni talvolta assai differenti del concetto di trattamento inumano o degradante correlato al grave sovraffollamento carcerario. Molto significative in tal senso le pronunce della suprema Corte sui ricorsi di persone che lamentavano il rischio di subire maltrattamenti se consegnate a uno Stato estero<sup>208</sup>. Occorre, infatti, ricordare come, tanto per la giurisprudenza convenzionale<sup>209</sup> quanto per quella della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>210</sup>, il concreto rischio che la persona possa subire trattamenti inumani o degradanti nello Stato che ha emesso un mandato di arresto europeo può costituire motivo di rinvio della sua esecuzione<sup>211</sup>; principio peraltro richiamato nella legislazione nazionale<sup>212</sup>. Orbene, in tali ipotesi, la medesima questione della definizione della superficie intramuraria minima veniva non di rado definita ricavando dalle sentenze della Corte EDU regole di giudizio meno esigenti rispetto a quelle impiegate dalla I Sezione penale, con riferimento ai reclami avverso le condizioni detentive nelle strutture penitenziarie del nostro Paese<sup>213</sup>.

Infatti, in non rare pronunce era stato ritenuto corretto il criterio di misurazione utilizzato dallo Stato estero richiedente – frequentemente, la Romania – che, in conformità alla giurisprudenza convenzionale e con l'importante conforto di quella eurounitaria<sup>214</sup>, scomputava la sola superficie

---

<sup>208</sup> Cfr., *ex plurimis*, Sez. VI, 1° giugno 2016, n. 23277, O.B., in *Cass. pen.*, 2016, 3084 ss., con nota di T. ABATE, *Il sovraffollamento delle carceri come motivo di non esecuzione del mandato di arresto europeo*, ove si afferma che «[a] fine di determinare lo spazio individuale intramurario conforme agli *standard* europei» si deve tenere «conto dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità [...] richiamando la giurisprudenza della Corte EDU sul punto».

<sup>209</sup> Così, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL e L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 169, ove si afferma che «l'espulsione, il respingimento o l'extradizione verso stati rispetto ai quali vi sono seri elementi per pensare che praticino i detti comportamenti illeciti costituirebbe violazione della Convenzione». In giurisprudenza v., tra le altre, [Corte EDU, sent. 1° febbraio 2018, M.A. c. Francia, n. 9373/15](#).

<sup>210</sup> Il riferimento è alla notissima [C. giust. \(Grande Sez.\), 5 aprile 2016, Aranyosi e Caldaru, cause riunite, C-404/15 e C-659/15](#). V. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di Giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2017, 203. L'a. aggiunge che tale rinvio è funzionale al *two-step test*, cioè alla duplice valutazione cui è chiamata l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione in base alla [sentenza Aranyosi e Caldaru](#).

<sup>211</sup> V. [Corte giust. \(I Sez.\), sent. 25 luglio 2018, ML, causa C-220/18](#), riguardante la consegna di un cittadino magiaro all'Ungheria nella quale, rispetto al sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante in violazione dell'art. 3 CEDU (e 4 CDFUE), la CGUE opera continui riferimenti alla sola giurisprudenza della Corte EDU, in particolare alla pronuncia di [Grande Chambre Muršić c. Croazia](#), a dimostrazione che sulla questione tale sentenza costituisce lo stato dell'arte nella giurisprudenza di Strasburgo e, di riflesso, in quella lussemburghese. V. altresì [Corte giust. \(Grande Sez.\), sent., 15 ottobre 2019, Dumitru-Tudor Dorobantu, causa C-128/18](#), che sulla valutazione delle condizioni di detenzione sotto il profilo dello spazio personale di cui dispone la persona detenuta, rinvia proprio a [Corte giust., sent. 25 luglio 2018](#), cit., e naturalmente a [Corte EDU, G.C., sent. 20 ottobre 2016, Muršić c. Croazia](#), cit. rilevando la perdurante mancanza di un blocco di regole minime in materia, all'interno del diritto dell'Unione.

<sup>212</sup> Cfr. l'art. 2 della l. 22 aprile 2005, n. 69, come novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10. In argomento v., fra l'altro, M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, n. 3/2021, 63 ss. nonché L. SCOLLO, *La riforma del Mandato d'Arresto Europeo. Meno diritto e più diritti*, in [Giur. pen. web](#), n. 2/2021, 1 ss.

<sup>213</sup> Non mancavano, tuttavia, minoritarie pronunce che invece si allineavano all'interpretazione fornita dalla sentenza *Sciuto*. Ad es., C. cass., Sez. fer., 17 agosto 2017, n. 39207, in [Dirittifondamentali.it](#), dove si afferma che «dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto, mentre non rilevano gli altri arredi facilmente amovibili».

<sup>214</sup> Si vedano in particolare i punti 70-79 e le conclusioni della [sent. Dorobantu](#) della Corte di Giustizia, ove si afferma che, in assenza di regole nel diritto dell'Unione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve considerare i requisiti minimi risultanti dall'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU. Infatti, «[s]e, per il calcolo di questo spazio disponibile, non si deve tener conto dello spazio occupato dalle infrastrutture sanitarie, tale calcolo deve però includere lo spazio occupato dal mobilio. I detenuti devono tuttavia conservare la possibilità di muoversi normalmente nella cella». Per un

delle strutture sanitarie<sup>215</sup>. Inoltre, si considerava fondamentale distinguere le ipotesi di detenzione in regime “chiuso”, in presenza del quale «al consegnando è necessario assicurare [...] uno spazio minimo di tre metri quadri», dai casi di regime “semi-aperto”, ove – in presenza di ulteriori elementi compensativi – si riteneva sufficiente perfino una superficie *pro capite* di soli 2 mq<sup>216</sup>. In tal senso, pare esemplare una sentenza del 2017 della II Sezione sul caso di un cittadino rumeno per cui il Paese d’origine aveva chiesto la consegna con mandato d’arresto europeo. Il Collegio sintetizzava in maniera sostanzialmente corretta lo stato dell’arte della giurisprudenza strasburghese sul sovraffollamento carcerario quale elemento che connota la pena in senso inumano e degradante, affermando che «se lo spazio delle celle è inferiore ai tre metri quadrati esiste una forte presunzione di violazione dell’art. 3 della Convenzione Edu», vincibile dallo Stato resistente soltanto quando dimostri la presenza di «adeguati fattori compensativi, che si individuano nella durata della restrizione carceraria, nella misura della libertà di circolazione, nell’offerta di attività da svolgere in spazi ampi fuori dalle celle e nel decoro complessivo delle condizioni di detenzione»<sup>217</sup>. Appare evidente il richiamo alle conclusioni della [sentenza di Grande Chambre Muršić](#), cui la Cassazione aggiungeva che la Corte EDU pone sempre in essere delle valutazioni che tengono conto «dell’effetto cumulativo delle condizioni di detenzione», intendendo che la «questione dello spazio personale» non può essere considerata in modo disgiunto dalle valutazioni che riguardano il «regime applicabile», la «libertà di movimento», la possibilità di «libero accesso alla luce naturale ed all’aria» e altri fattori del genere<sup>218</sup>. Così ricostruita la regola di giudizio convenzionale, la Corte passava a esaminare le condizioni del caso concreto, constatando che per un primo periodo da trascorrere in regime chiuso al consegnando venivano garantiti 3 mq individuali. Successivamente avrebbe avuto «a disposizione [...] almeno 2 mq», inclusi il letto e i mobili afferenti; tale spazio «estremamente ridotto» sarebbe però stato correlato a un «regime semiaperto»<sup>219</sup> nonché a

---

focus più approfondito sulla [sentenza Dorobantu](#), v. A. GAUDIERI, *Sovraffollamento carcerario: I criteri dettati dalla sentenza Dorobantu per il calcolo degli spazi. Una “bussola” per le scelte da compiere in periodi di emergenza sanitaria?* in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), n. 2/2020, 213 ss.

<sup>215</sup> Cfr., C. cass., Sez. VI, 9 settembre 2017, n. 53031, P., rv. 271577.

<sup>216</sup> Così C. cass., Sez. fer., sent. 31 luglio 2018, n. 37610, I.D., in *Cass. pen.*, 2018, 11, 3641 ss., con nota di A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il doppio standard della Cassazione*, cit., ove gli elementi compensativi che si devono coniugare al regime non chiuso, affinché sia accettabile una superficie di 2 mq, sono stati essenzialmente individuati nelle positive condizioni igienico-sanitarie dell’istituto e in «un’amplissima libertà di movimento durante il giorno [...] con possibilità per i detenuti di accedere ai cortili di passeggio e di dedicarsi a una serie di attività». Successiva, v. C. cass., Sez. II, sent. 4 giugno 2019, n. 25066, Stoilà. In precedenza, in senso parzialmente analogo, v. Sez. VI, 18 aprile 2018, n. 18016, Breaz, inedita, nonché, Sez. II, 10 marzo 2017, n. 11987, Mocanu, inedita, ove la Corte aveva respinto il ricorso di un cittadino rumeno destinatario di un mandato di arresto europeo verso il proprio Paese, distinguendo la detenzione in regime “chiuso”, in presenza del quale è indispensabile garantire al ristretto una superficie di almeno 3 mq, da quella in regime “semiaperto”, che rende ammissibile, in presenza di elementi compensativi, l’assegnazione di spazi inferiori a tale soglia. V. altresì, C. cass., Sez. IV, sent. 28 ottobre 2016, n. 5472, Mihai, ove era stata ritenuta conforme alle indicazioni date dalla giurisprudenza convenzionale la disponibilità di «una superficie non inferiore a tre metri quadri in caso di regime chiuso e non inferiore a due metri quadri in caso di regime semiaperto».

<sup>217</sup> C. cass., Sez. II, sent. 19 ottobre 2017, n. 48401, Ghiviziu, inedita.

<sup>218</sup> Sez. II, 19 ottobre 2017, n. 48401, Ghiviziu, cit.

<sup>219</sup> Cioè a dire «le porte delle celle [...] sono aperte durante la giornata», mentre i «detenuti hanno accesso ai cortili per fare una passeggiata, ai terreni di sport, alla sala di ginnastica, alla chiesa, alle sale di studio e ad altri spazi destinati all’esercizio di diritti. Possono altresì lavorare e svolgere attività educative, culturali, terapeutiche, di consulenza psicologica e assistenza sociale, morali-religiose, istruzione scolastica e formazione professionale, all’esterno del carcere sotto sorveglianza». Inoltre, i ristretti «in regime semiaperto [...] entrano nelle celle soltanto per mangiare e prima della verifica della presenza la sera. In conclusione, oltre al periodo destinato alla partecipazione ad attività e programmi e l’esercizio dei diritti, questa categoria dei detenuti può passare il tempo libero all’esterno dello spazio intramurario, all’aria aperta, usando praticamente la cella soltanto per riposare e/o per varie attività amministrative e di manutenzione dell’igiene individuale».

condizioni complessive di vita nel loro insieme accettabili<sup>220</sup>. Su queste basi, il Collegio concludeva nel senso che le condizioni detentive, «complessivamente considerate», integrassero sufficienti fattori compensativi e consentissero di ritenere non avverato il rischio di trattamenti in violazione dell'art. 3 CEDU.

Tale orientamento, rispetto a quello della I Sezione, seguiva più fedelmente la struttura logico-argomentativa della [sentenza Muršić](#), giungendo tuttavia a conclusioni in parte non corrette, come si può agevolmente ricavare da vari arresti strasburghesi<sup>221</sup>. Proprio la più volte richiamata sentenza di [Grande Camera Muršić](#) del 2016 fornisce un precedente importante, avendo stabilito che la disponibilità per 27 giorni di uno spazio di 2,69 mq non fosse stata compensata da altri positivi aspetti delle condizioni detentive, indubbiamente presenti in quel caso<sup>222</sup>. Se si considera che nelle sentenze italiane di legittimità appena viste, lo spazio garantito dalle autorità rumene era molto inferiore e la durata della detenzione in tali condizioni prevedibilmente assai più lunga, pare ragionevole temere che il trattamento intramurario rappresentato dalla Romania fosse di assai dubbia compatibilità con la Convenzione EDU.

### 7. L'intervento delle Sezioni Unite

Come si è visto, a dispetto delle illusorie aspettative iniziali, non si è rivelato agevole il recepimento dell'interpretazione sviluppata negli anni dalla Corte EDU del concetto di "trattamento inumano o degradante" correlato al grave sovraffollamento penitenziario. Per giunta, anche quando la giurisprudenza di Strasburgo si è assestata su principi più chiari e univoci, i giudici interni non hanno saputo, o forse voluto, recepirli<sup>223</sup>. Nel periodo 2016-2019, si sono formati orientamenti contrastanti sotto diversi profili, nessuno dei quali, almeno sugli aspetti più importanti, costituiva fedele recepimento della giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti umani, dandosi così luogo a un evidente doppio *standard* in materia di diritti fondamentali<sup>224</sup>. Non stupisce, pertanto che all'inizio del 2020 la I Sezione penale, ritenendo «dirimente il metodo di calcolo da adottare nella misurazione» dello spazio detentivo, abbia rimesso alle Sezioni Unite la soluzione di tre questioni:

A) «se i criteri di computo dello "spazio minimo disponibile" per ciascun detenuto [...] debbano essere definiti considerando la superficie netta della stanza e detraendo, pertanto, lo spazio occupato da mobili e strutture tendenzialmente fisse ovvero includendo gli arredi necessari allo svolgimento delle attività quotidiane di vita».

---

<sup>220</sup> Il riferimento è alla possibilità di utilizzare l'acqua e gli oggetti sanitari, nonché di disporre di illuminazione, aerazione e riscaldamento nelle celle.

<sup>221</sup> Si veda, [Corte EDU, Sez. III, sent. 10 giugno 2014, Bujorean c. Romania](#), §§ 28, 29 e 30. ove si afferma che il «regime semi-aperto [...] non può costituire di per sé una soluzione alla mancanza di spazio individuale» (caso nel quale la persona disponeva di una superficie addirittura inferiore a 2 mq e versava inoltre in condizioni igieniche precarie). Si v. altresì [Corte EDU, Sez. III, sent. 16 luglio 2015, Sanaktar c. Romania, n. 74721/12](#), §§ 24 e 25, nella quali l'ammissione del Governo resistente che lo spazio di vita individuale nella cella fosse di 2 mq era stata di per sé sufficiente a motivare la condanna per trattamenti inumani e degradanti.

<sup>222</sup> [Corte EDU, G.C., sent. Muršić c. Croazia](#), cit., §§ 151-153.

<sup>223</sup> Tale tesi è stata ampiamente esposta in A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU*, cit., 170.

<sup>224</sup> In proposito, anche se le osservazioni dell'a. sono riferite ad altro ambito, si veda L. TRIA, *Le politiche dell'Unione europea sull'immigrazione e il controllo delle frontiere*, in [Europeanrights.eu](#), 31 gennaio 2014, 18, secondo cui in generale la «pratica del *double standard*», che molto spesso sottende «la logica del *not in my courtyard*», costituisce «uno degli ostacoli maggiori per la tutela dei diritti umani e/o fondamentali».

B) se debba essere detratto lo spazio occupato da qualsiasi tipo di letto presente nella cella o, al contrario, si debba scomputare soltanto l'ingombro provocato da letti del tipo "a castello", stante il maggiore ingombro comportato da questi ultimi.

C) Infine, se nel caso di accertata disponibilità di una superficie pro capite inferiore a 3 mq «possa comunque escludersi la violazione dell'art. 3 CEDU nel concorso di altre condizioni, come individuate dalla stessa Corte EDU (breve durata della detenzione, sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella con lo svolgimento di adeguate attività, dignitose condizioni carcerarie) ovvero se tali fattori compensativi incidano solo quando lo spazio pro capite sia compreso tra i tre e i quattro metri quadrati»<sup>225</sup>.

Le Sezioni Unite penali hanno offerto un'argomentata, anche se non condivisibile e per certi aspetti incompleta, soluzione a tali quesiti<sup>226</sup>.

Dopo avere riassunto i fatti e le posizioni espresse dall'Avvocatura generale dello Stato<sup>227</sup> e dal Procuratore generale<sup>228</sup>, il Collegio affronta la questione del modo di calcolo dello spazio detentivo secondo la giurisprudenza della Corte EDU. Per sviluppare il proprio articolato ragionamento, il massimo organo nomofilattico prende le mosse da una fondamentale considerazione concernente il contenuto normativo dell'art. 35-ter ord. penit. Per le Sezioni Unite, infatti, tale disposizione contiene un «meccanismo di rinvio mobile» alle interpretazioni dell'art. 3 CEDU elaborate dalla Corte di Strasburgo<sup>229</sup>. Essa, pertanto, rappresenta un caso unico, al momento, nell'ordinamento italiano «di espressa integrazione diretta del sistema normativo interno ai contenuti della giurisprudenza sovranazionale, elevati, in questa materia, a parametro normativo, vincolante *erga omnes* per l'interpretazione e la qualificazione della condotta»<sup>230</sup>. Invero, «l'interpretazione dell'art. 3 CEDU da parte della Corte diventa parte della norma che il giudice nazionale deve applicare»<sup>231</sup>.

---

<sup>225</sup> C. cass., Sez. I, ord. 21 febbraio 2020, n. 14260, Comisso, in [Penale. Diritto e Procedura](#), 25 maggio 2020, con nota introduttiva di G. COLAIACOVO, *Alle Sezioni unite tre questioni in materia di sovraffollamento carcerario e rimedi risarcitori*. Sul medesimo provvedimento, cfr. anche il commento di L. FRABONI, *Trattamento inumano o degradante nella detenzione: calcolo dello spazio minimo pro capite e fattori compensativi della strong presumption di violazione dell'art. 3 CEDU. La parola alle Sezioni Unite*, in *Giur. pen.*, n. 7-8/2020.

<sup>226</sup> C. cass., SS.UU., sent. 24 settembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 6551/2021, Comisso, in [Sistema Penale](#), 23 marzo 2021, con nota di C. CATANEO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*.

<sup>227</sup> Secondo la difesa erariale, la [sentenza Muršić](#) di Grande Camera «ha esposto in maniera chiara il metodo di calcolo» che deve tenere conto «della superficie lorda, dalla quale non devono essere scomputati né gli spazi occupati dai letti, né quelli ove risultano allocati gli» altri «arredi, purché sia assicurata a ciascun detenuto la possibilità di muoversi normalmente nella cella». Inoltre, i «fattori compensativi individuati dalla Corte EDU» nella [sentenza Muršić](#) possono consentire di vincere la presunzione *iuris tantum* di violazione dell'art. 3 CEDU quando la superficie disponibile sia inferiore a 3 mq pro capite, ma rilevano «qualunque sia la superficie individuale della cella».

<sup>228</sup> La memoria del Procuratore sottolinea che in base all'art. 35-ter ord. penit. «i contenuti della giurisprudenza sovranazionale sono elevati a parametro normativo» e che quindi «il giudice nazionale non può adottare standard più alti rispetto a quelli indicati dalla Corte EDU» anche «per impedire una applicazione differente in ciascuno Stato membro delle regole e dei parametri individuati dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU e per non incidere sull'efficacia del sistema di cooperazione internazionale per l'esecuzione dei mandati di arresto europeo». Il Procuratore osserva poi che «comunque, residuano spazi interpretativi per il giudice nazionale e, in particolare, per la Corte di cassazione». Sul criterio di calcolo, concorda su come la Corte EDU abbia indicato quello «al netto dei servizi igienici», ma comprensivo «degli arredi, senza distinzione, mentre la valutazione della possibilità del libero movimento in cella del detenuto deve essere sganciata dal calcolo metrico e riguarda, piuttosto, un giudizio empirico, che la Corte ha volutamente lasciato al giudice di merito nel caso concreto».

<sup>229</sup> Pt. 8 CID.

<sup>230</sup> *Ibidem*.

<sup>231</sup> Pt. 5 CID.

Dunque, il giudice nazionale può concedere i rimedi risarcitori al detenuto soltanto nei casi in cui la Corte EDU, qualora adita direttamente, condannerebbe lo Stato italiano per la violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Il corollario di tali affermazioni è piuttosto netto e consiste nel respingere le tesi che «sembrano ritenere possibile per il giudice nazionale, nell'ambito del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen., l'applicazione di criteri differenti e più favorevoli per i diritti dei detenuti rispetto a quelli adottati dalla Corte EDU»<sup>232</sup>. Questa conclusione vale, *a fortiori*, nei casi di esecuzione di un mandato di arresto europeo, poiché «la Corte di Giustizia UE ha negato espressamente la possibilità per il giudice nazionale» di subordinare la consegna di una persona allo Stato membro a *standard* detentivi «più elevati di quelli risultanti dall'articolo 4 della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione Europea] e dall'articolo 3 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>233</sup>.

Chiarito, quindi, l'obbligo del giudice italiano di non discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, nemmeno a favore del detenuto, i nove componenti del Collegio affrontano un ulteriore, fondamentale, passaggio logico, precisando che il valore cogente appena considerato può essere riconosciuto soltanto alla giurisprudenza europea consolidata<sup>234</sup>.

Ciò premesso, le Sezioni Unite individuano nella [sentenza Muršić c. Croazia](#) della Grande Camera un «precedente particolarmente autorevole», seguito anche dalle successive pronunce Strasburghesi e riconosciuto come tale anche dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo<sup>235</sup>. Quest'ultima, infatti, in assenza di canoni propri, interpreta l'art. 4 della Carta di Nizza (di contenuto corrispondente all'art. 3 CEDU) secondo i criteri indicati dalla Grande Camera nell'ottobre 2016. Il giudice di legittimità riconosce che tale precedente «consolidato» della Corte EDU «affronta [...] per la prima volta il tema delle modalità di calcolo dello spazio minimo», formulando in proposito delle precise regole di giudizio, che la sentenza delle Sezioni Unite riporta testualmente<sup>236</sup>.

### 7.1. L'interpretazione della sentenza Muršić

Dopo avere ricostruito il contenuto normativo dell'art. 35-ter ord. penit. e riconosciuto che la sentenza della Grande Camera del 2016 ha un valore cogente, in quanto giurisprudenza consolidata, il giudice di legittimità afferma un concetto di per sé ovvio, ma abbastanza sorprendente in questo caso, rammentando che in linea generale anche la giurisprudenza incontrastata della Corte EDU può comunque lasciare uno spazio per l'interpretazione laddove non abbia «un significato del tutto chiaro e» legittimi «interpretazioni differenti»<sup>237</sup>. A parere della Cassazione, questo sarebbe il caso della [sentenza Muršić](#) ed è proprio tale attività ermeneutica, volta a individuarne il corretto significato, a risultare decisiva<sup>238</sup>.

Le Sezioni Unite, infatti, concentrano la loro attenzione su due passaggi della [sentenza Muršić](#) ritenuti dirimenti, il primo dei quali riguarda il riferimento alla non inclusione nel calcolo della

---

<sup>232</sup> Pt. 10 CID. Critica sul punto, A. MENGHINI, *Le Sezioni Unite e l'intricato nodo delle modalità di computo del c.d. spazio minimo vitale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6/2021, 796 ss.

<sup>233</sup> Cfr. pt. 11 CID.

<sup>234</sup> Cfr. pt. 7 CID, ove si completa il concetto chiarendo che «nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

<sup>235</sup> Pt. 14 CID, ove si precisa altresì che il riferimento è alla sentenza della [Grande Sezione, 15 ottobre 2019, Dorobantu](#), cit., che riproduce le regole di giudizio affermate nella [sent. Muršić](#) richiamando quest'ultima espressamente.

<sup>236</sup> Pt. 14 CID, il che costituisce una presa di posizione in senso contrario alla lettura riduttiva di tali regole di giudizio, a lungo fornita in giurisprudenza e dottrina.

<sup>237</sup> Pt. 12 CID.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

superficie. totale della cella dell'area occupata dai sanitari<sup>239</sup>, il che induce l'alto consesso italiano a ritenere «pacifico che la superficie dei servizi igienici [...] non deve essere computata in quella complessiva della cella»<sup>240</sup>.

Il secondo passaggio rilevante concerne «la relazione esistente tra due proposizioni contenute nella sentenza» europea<sup>241</sup>. A parere dei giudici di legittimità, infatti, le due prescrizioni della Corte EDU secondo cui «il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili» ed «è importante determinare se i detenuti hanno la possibilità di muoversi normalmente nella cella» non vanno intese come criteri di valutazione delle condizioni detentive distinti e separati. Al contrario, «sulla base di una lettura sistematica», le due proposizioni devono «essere lette congiuntamente, sì da attribuire loro un significato effettivo e conforme alle finalità perseguite dalla Corte e dalla legge»<sup>242</sup>.

La *reductio ad unitatem* dei due criteri consentirebbe «di attribuire rilievo, ai fini della possibilità di movimento in una stanza chiusa, quale è la cella, ad un armadio fisso oppure ad un pesante letto a castello» insomma agli «arredi che non si possono in alcun modo spostare» e che, in tale ottica, comportano la medesima limitazione alla libertà di movimento di una parete<sup>243</sup>. Infatti, «la duplice regola dettata dalla Corte EDU» andrebbe intesa nel senso che i mobili da includere nel «calcolo della superficie disponibile nella cella» sono soltanto gli «arredi che possono essere facilmente spostati», mentre rimane «escluso dal calcolo lo spazio occupato dagli arredi fissi, tra cui rientra anche il letto a castello». Pertanto, il Collegio afferma il principio di diritto secondo cui «[n]ella valutazione dello spazio minimo di tre metri quadrati si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento e, pertanto, vanno detratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui rientrano i letti a castello»<sup>244</sup>.

A suffragare tale conclusione la suprema Corte porta alcuni ulteriori argomenti: *in primis*, un problema di natura processuale, poiché «la possibilità di muoversi normalmente nella cella», isolatamente considerata, costituirebbe un «parametro [...] assai generico e di difficile applicazione [...] se non in casi eclatanti di manifesta impossibilità di spostamento», la cui verifica darebbe luogo a «un accertamento di fatto, di natura empirica, spettante al magistrato di sorveglianza, rispetto al quale non vi è spazio per dedurre con il ricorso per cassazione violazioni di legge»<sup>245</sup>. In secondo luogo, il Collegio propone una considerazione circa «l'etimologia del sostantivo della lingua italiana “mobile”, cui corrisponde quello della lingua francese “meuble”, utilizzata dalla Corte EDU nella traduzione ufficiale della sentenza Muršić». Ad avviso della Corte, il sostantivo in discorso indicherebbe «un oggetto che può essere spostato, che è, appunto, mobile», per cui «il tavolino, le sedie, i letti singoli possono essere spostati da un punto all'altro della camera» e «sono, quindi, “mobili”», mentre «non altrettanto può dirsi per gli armadi o i letti a castello»<sup>246</sup>. Infine, si richiama una valutazione degli effetti conseguenti l'adozione dell'interpretazione sin qui illustrata che, per la suprema Corte, «appare senza dubbio favorevole al benessere dei detenuti, ai quali viene garantito uno spazio più ampio concretamente utile per il movimento rispetto a quello ricavabile dalla soluzione opposta»<sup>247</sup>.

---

<sup>239</sup> Cfr. [sent. Muršić](#), § 114.

<sup>240</sup> Pt. 15 CID.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Pt. 16 CID.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> Pt. 18 CID.

<sup>245</sup> Pt. 15 e 16 CID, ove si aggiunge che la considerazione disgiunta dei due criteri porterebbe «a valorizzare un mero calcolo geometrico della superficie della cella».

<sup>246</sup> Pt. 16 CID.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

## 7.2. Un orientamento non pienamente conforme alle regole di giudizio strasburghesi che lascia ancora spazio a divergenze interpretative

La sentenza delle Sezioni Unite penali non costituisce una cesura netta rispetto alle argomentazioni emerse nella giurisprudenza nazionale in questi anni. Essa, infatti, fa proprie le conclusioni di uno degli orientamenti già noti, fornendo un più ampio e dettagliato apparato motivazionale e correggendo alcune affermazioni, senza però proporre argomenti radicalmente nuovi. Pertanto, anche rispetto alle conclusioni cui giungono le Sezioni Unite in tema di calcolo della superficie intramuraria, permangono alcune delle perplessità già espresse nelle pagine precedenti<sup>248</sup>.

Per il massimo organo nomofilattico italiano, quando la Corte EDU impone di escludere dal calcolo dello spazio disponibile quello occupato dai servizi igienici va intesa in modo letterale; al contrario, quando Strasburgo prescrive di includere lo spazio occupato dai mobili, l'interpretazione testuale deve essere abbandonata in favore di un'esegesi "sistematica" che fonde la proposizione relativa alla misurazione al lordo della mobilia con quella concernente la possibilità di muoversi nella cella liberamente (o normalmente)<sup>249</sup>.

Orbene, appare piuttosto ardua la lettura combinata dei due criteri quando è proprio la Corte EDU a tenerli chiaramente distinti<sup>250</sup>. Se quest'ultima avesse voluto stabilire una regola di giudizio fondata sulla detrazione dello spazio occupato da armadi e letti a castello lo avrebbe semplicemente fatto formulandola esplicitamente, anziché prescrivere che «il calcolo della superficie disponibile nella cella deve includere lo spazio occupato dai mobili»<sup>251</sup>. A seguire questa esegesi del testo della [sentenza Muršić](#), sembrerebbe che i giudici di Strasburgo – in modo illogico – affermino categoricamente un principio per poi smentirlo nella riga seguente.

Peraltro, anche la sentenza *Ananyev* del 2012<sup>252</sup>, richiamata come precedente sul punto dalla [Muršić](#), enuncia i criteri in discorso nell'ambito di un elenco di tre (il già ricordato *Ananyev test*) ove ciascuna regola è riportata con un'apposita lettera che lo distingue, ossia che:

- a) ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire nella cella;
- b) ogni detenuto deve disporre di almeno tre metri quadrati di spazio;
- c) la superficie complessiva della cella deve essere tale da consentire ai detenuti di muoversi liberamente tra gli arredi.

Si tratta di tre criteri indipendenti l'uno dall'altro, ciascuno dei quali ha una propria logica funzione. In particolare, il primo si riferisce alla disponibilità di un posto letto individuale, al fine di evitare innaturali turnazioni per poter dormire; il secondo ha una natura "quantitativa", poiché prevede che lo spazio disponibile è quello dell'intera cella, con esclusione del bagno; il terzo ha una natura "qualitativa", in quanto sancisce che gli arredi non devono essere disposti in modo da ostacolare il libero movimento<sup>253</sup>. Anche in questo caso, se la Corte EDU avesse voluto imporre una

---

<sup>248</sup> Per un completo esame critico della sentenza, si rinvia a A. VALENTI, *Le Sezioni unite alle prese con il giudice-legislatore: esegesi deformante della sentenza Muršić sullo spazio minimo detentivo*, in *Il Foro italiano*, 2021, 554 s., che, *inter alia*, mette in evidenza come tale pronuncia «chiarisce tante questioni quante sono quelle che finisce per complicare».

<sup>249</sup> Si veda *ibidem* per una ipotizzata differenza fra il potersi muovere nella camera detentiva "normalmente" oppure "liberamente".

<sup>250</sup> Così, A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU*, cit.

<sup>251</sup> Lo conferma finanche il giudice portoghese Paulo Pinto de Albuquerque nella sua *Opinione in parte divergente* annessa alla sentenza *Muršić* quando, criticamente, scrive che la maggioranza dei giudici di Grande Camera «include space occupied by furniture in the available surface area (see paragraph 114), even though this may diminish considerably the capacity to circulate freely within the cell» (§ 52).

<sup>252</sup> [Corte EDU, Ananyev e altri](#), cit., §§ 147-148.

<sup>253</sup> In tal senso A. VALENTI, *Spazio minimo detentivo e art. 3 CEDU: va detratta la superficie occupata dagli arredi fissi*, in *Il Foro italiano* ([web](#)), 30 dicembre 2020, 2 s.

*reductio ad unum* delle lettere b) e c), avrebbe molto agevolmente formulato un elenco di due punti anziché di tre.

La Cassazione italiana, dunque, sembra decisamente fraintendere il criterio enunciato dal giudice della Convenzione, secondo il quale il detenuto deve potersi muovere “normalmente” o “liberamente” nella cella<sup>254</sup>. Tale clausola non comporta modifiche al metodo di computazione, ma significa solo che, a prescindere dalla misura della cella, alla persona detenuta deve essere consentita la possibilità di effettuare gli ordinari movimenti all’interno di una camera. Mobili troppo grandi, in numero eccessivo o disposti in modo palesemente irrazionale oppure una forma irregolare della cella o tutti questi elementi insieme sono i fattori di possibile ostacolo al normale movimento che tale clausola intende salvaguardare<sup>255</sup>. Non pare dunque esservi alcuna contraddizione fra i due criteri, che sono invece da integrare: con la regola concernente il calcolo al lordo del mobilio, la Corte EDU ha dissipato le incertezze emergenti dal complesso delle proprie pronunce che avevano contribuito a generare i descritti contrasti nella nostra giurisprudenza interna; invece, con il criterio della “possibilità di muoversi normalmente”, i giudici europei hanno voluto prevenire il rischio di un rispetto solo formale della metratura minima. Il valore di tale ultima prescrizione emerge in pieno nei casi, non di scuola in taluni Stati, di celle di superficie sufficiente ma di conformazione anomala (talvolta simili a brevi corridoi) o di camere detentive ingombrate da arredi sovrabbondanti e sproporzionati rispetto alle dimensioni e agli occupanti della stanza, compresi talvolta i sanitari<sup>256</sup>. In queste circostanze, pur con la disponibilità di 3 mq pro capite “lordi”, non può certamente ritenersi soddisfatto il “test Ananyev”, perché le persone ristrette sono obbligate a muoversi con fatica e in modo innaturale, magari costrette a dover scavalcare il letto di un compagno di detenzione per poter entrare e uscire dalla cella o per raggiungere il servizio igienico.

Quanto all’argomento etimologico, questo appare talmente poco convincente da risultare controproducente per la tesi sostenuta dalle Sezioni Unite. Queste ultime, infatti, affermano che i sostantivi mobile/*meuble*, tanto in francese quanto in italiano, indicherebbero solamente gli oggetti che i detenuti possono spostare da un punto a un altro della camera di pernottamento e che, per tale caratteristica, non sottrarrebbero spazio utile per il movimento (inteso come possibilità di camminare). Orbene, l’assoluta insostenibilità di tale affermazione è dimostrata, da un lato, dalla sua infondatezza dal punto di vista linguistico: nei vocabolari di lingua italiana e francese i sostantivi “letto/*lit*” e “armadio/*armoire*” vengono invariabilmente definiti “mobile/*meuble*”. Pare dunque difficile pensare che la Corte EDU, quando scrive in francese, non consideri mobili anche i letti (quand’anche a castello) e gli armadietti presenti nelle celle. Ma vi è di più: come riconosce lo stesso supremo Collegio, la versione in lingua inglese della [sentenza Muršić](#), ufficiale al pari di quella in francese<sup>257</sup>, non consente neppure di avanzare la fragile tesi appena vista, poiché «utilizza il

---

<sup>254</sup> Gli avverbi “liberamente” e “normalmente” sembrano utilizzati indifferentemente nelle pronunce strasburghesi, come sinonimi. Infatti, la sent. *Ananyev*, al § 148, usa il termine «liberamente» («*the overall surface of the cell must be such as to allow the detainees to move freely between the furniture items*»), mentre la [sent. Muršić alterna](#), al § 75, l’uso dell’avverbio «liberamente» («*the overall surface of the cell must be such as to allow detainees to move freely between furniture*») al § 114, il termine «normalmente» – «*What is important in this assessment is whether detainees had a possibility to move around within the cell normally*».

<sup>255</sup> Sia consentito, in proposito, rinviare a A. ALBANO e F. PICOZZI, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario*, cit., 2875 ss.

<sup>256</sup> Esempiare in tal senso è la sentenza della [Corte EDU, 12 marzo 2009, sent. Aleksandr Makarov c. Russia, n. 15217/07](#), §§ 92-100. In tale caso il ricorrente aveva avuto a disposizione, da solo, 9,5 mq, e poi, 9,2 e 11,5 mq da condividere con un compagno o con due, avendo quindi a disposizione da 4,1 a 3,8 mq di spazio. Da una certa data in avanti, tale area disponibile era poi scesa sotto i 4 mq. La superficie, dunque, non era mai stata inferiore ai 3 mq per persona. Però, dalle fotografie allegate si comprendeva come, considerato il contenuto della stanza (armadio, panca, scrivania, ecc., sproporzionati rispetto agli spazi), il ricorrente non disponesse di spazio per muoversi.

<sup>257</sup> Dunque non appare preciso parlare, come invece fanno le Sezioni Unite, di «traduzione ufficiale» nell’una o nell’altra lingua; l’*explicit* della [sent. Muršić](#) («*Done in English and in French*», «*Fait en français et en anglais*») sembra

sostantivo *forniture*, che ha un'etimologia differente»<sup>258</sup>; dunque, non si vede come si possa usare tale argomento quando una delle due versioni non fornisce alcun supporto in tal senso.

Infine, per quanto – sia pure solo sotto certi profili – l'interpretazione prescelta dalle Sezioni Unite sia, fra le alternative ritenute possibili, quella più favorevole al benessere dei detenuti, ciò non sembra costituire un argomento in favore della sua correttezza. Da punto di vista nazionale, infatti, è la stessa suprema Corte ad aver chiarito che l'art. 35-ter ord. penit. non consente al giudice di discostarsi dall'interpretazione della Corte EDU, neppure in senso favorevole al ricorrente. Sembra, dunque, che a dispetto della puntuale ricostruzione del contenuto precettivo di tale disposizione, la Corte di legittimità non rinunci a perseguire l'obiettivo di fornire ai ricorrenti un livello di tutela più elevato rispetto a quello apprestato dai Giudici di Strasburgo con la loro giurisprudenza<sup>259</sup>, fondando il tutto su di una lettura della [sentenza Muršić](#) e del test *Ananyev* per nulla convincente e che, per giunta, non ha risolto a pieno i dubbi interpretativi. Infatti, già nei primi commenti<sup>260</sup> e poi in successive pronunce<sup>261</sup>, sono emersi orientamenti differenziati riguardo allo scomputo, o meno, dello spazio occupato dai letti singoli: il tutto nonostante il *dictum* della Cassazione si riferisca testualmente soltanto a quello a castello, in risposta al quesito che chiedeva esplicitamente di pronunciarsi in particolare sulla detraibilità dei due tipi di letto. Insomma, sui criteri di computo dello spazio detentivo la [sentenza Muršić](#) si esprimeva in un senso; le Sezioni unite, riconoscono il vincolo legale a un'interpretazione convenzionalmente conforme ma, sulla base di un'esegesi "sistematica", operano una torsione dei contenuti assegnandole un altro significato; parte della dottrina e della successiva giurisprudenza, a loro volta, reinterpreta il principio di diritto espresso dalla Cassazione, asserendo che sia ricavabile una posizione ancora ulteriore che impone lo scomputo dello spazio occupato dai letti singoli; il tutto mettendo in tensione il principio costituzionale della soggezione dei giudici alla legge<sup>262</sup>.

Guardando al medesimo argomento dal punto di vista del sistema della Convenzione EDU, la conclusione della suprema Corte italiana rischia concretamente di riproporre quella tendenza, evidenziata in dottrina, alla «banalizzazione dei diritti fondamentali»<sup>263</sup>, questa volta operata dai

---

chiaro in tal senso.

<sup>258</sup> Pt. 16 CID.

<sup>259</sup> Similmente A. VALENTI, *Spazio minimo detentivo e art. 3 CEDU*, 3, il quale – nel commentare C. cass., Sez. I, 30 novembre 2020, n. 33822, naturalmente conforme alla pronuncia delle Sezioni Unite nel considerare la detrazione dello spazio occupato dal letto a castello – osserva come la fusione della regola "quantitativa" con quella "qualitativa" venga operata «nell'ottica di apprestare una tutela maggiore di quella riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>260</sup> Già pochi giorni dopo il deposito delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F. GIANFILIPPI, *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite-sent. n. 6551/2021: il punto sugli spazi detentivi minimi e un'occasione per parlare ancora di giurisprudenza convenzionale e limiti all'apprezzamento del giudice nazionale*, in [Giustizia Insieme](#) (2 marzo 2021), 7, il quale non considera la decisione delle Sezioni Unite pienamente chiarificatrice, poiché «ben difficilmente i letti singoli presenti all'interno dei nostri istituti penitenziari possano rispondere alla nozione di arredo amovibile nella quale le SU li includono». Quasi contemporaneamente, in modo ancor più esplicito, F. FIORENTIN, *Una sentenza ambigua: le Sezioni Unite intervengono su alcuni profili della disciplina in materia di rimedi risarcitori per violazione dell'art. 3 CEDU*, in *il Penalista*, 4 marzo 2021, secondo cui «il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite lascia margini di ambiguità poiché, per un verso, afferma la detraibilità degli spazi occupati dai soli arredi fissi o comunque non facilmente amovibili; per l'altro verso afferma che solo il letto "a castello" presenta le dette caratteristiche di "inamovibilità", mentre il letto singolo andrebbe parificato agli arredi "amovibili" quali il tavolo e le sedie. Secondo l'a., «pare facilmente contestabile, alla luce del principio-guida che guarda alla superficie "utile al libero movimento", l'assunto che anche gli arredi fissati al pavimento della cella e comunque di notevole ingombro, come il letto singolo, possano essere considerati "facilmente amovibili" e dunque tali da non ostacolare agevole movimento all'interno della camera».

<sup>261</sup> Cfr., tra le altre, C. cass., Sez. I, sent. 20 dicembre 2022 (dep. 4 maggio 2023), n. 18760/23.

<sup>262</sup> Non per caso, autorevolmente, in dottrina si rileva come l'art. 101, co. 2, Cost. sia da decenni oggetto di «un singolare atteggiamento di *understatement*», in quanto richiamato solo nel suo significato di affermazione del «principio di indipendenza del giudice»; così, R. GUASTINI, *Art. 101*, in G. Branca e A. Pizzorusso (curr.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 183.

<sup>263</sup> Così, V. ZAGREBELSKY, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, cit., 40 «[l']intenzione di

giudici nazionali, che si avrebbe laddove si giunga a considerare come violazioni dell'art. 3 CEDU meri disagi o semplici disservizi, certamente eccipienti sotto vari profili, ma aventi ben diverso rilievo rispetto alla lesione di un diritto fondamentale e inviolabile in ogni situazione.

## 8. Profili conclusivi

Alla luce di quanto detto sopra, è importante ribadire il suo atteggiarsi quale fenomeno complesso cui occorre offrire possibili contromisure di tipo normativo e organizzativo direttamente incidenti sull'apparato cui spetta gestire la popolazione detenuta, vigilando sul rispetto dei fondamentali principi costituzionali e convenzionali. Di certo, il tema non consente di evocare soluzioni che non tengano conto della capacità del sovraffollamento di integrare una lesione dei diritti umani della persona detenuta, imponendo però di tenere la riflessione agganciata all'assetto ordinamentale, per come chiama in causa la forma di Stato, dunque l'atteggiarsi del rapporto fra chi sia privato della libertà personale e lo Stato; a porsi come centrale nella riflessione è anche la discrezionalità del legislatore di perseguire un determinato indirizzo politico, mettendo in luce quegli impliciti che spesso si colorano di sfumature ideologiche, così contribuendo a inquinare il dibattito sul tema, nell'influenzare la messa a fuoco delle soluzioni possibili a fronte di un problema asseritamente «irrisolvibile»<sup>264</sup>.

Gli esiti della riflessione dottrinale non hanno contribuito a offrire chiarezza sul tema, spesso assegnando al fenomeno caratteri enfatici quali la drammaticità<sup>265</sup>, l'emergenza<sup>266</sup>, la cronicità<sup>267</sup> e giungendo a qualificarlo come "tortura"<sup>268</sup>, senza un attento confronto sul merito. Senza che ciò significhi mettere in discussione la gravità del sovraffollamento, per cui è stato coniato l'espressione di «superlativo di un superlativo» così da esprimere la "violenza" della lingua italiana<sup>269</sup>, si consideri lo scarso rilievo a quella "parabola" del sovraffollamento che al [caso Torreggiani](#) è seguita<sup>270</sup>, con l'introduzione dei noti rimedi compensativi e soprattutto preventivi che – insieme a numerose iniziative riformatrici – hanno consentito la rapida chiusura della procedura contro l'Italia<sup>271</sup>.

Ma il profilo che maggiormente richiede attenzione riguarda la gerarchizzazione fra le diverse istanze che il dibattito sul tema ha provocato, di fatto, azzerando qualsiasi riflessione in tema di carcere che andasse al di là del sovraffollamento cui era "necessario" e "urgente" offrire risposte concrete e immediate. Ci si riferisce, ad esempio agli spazi e alla loro vivibilità, alla vetustà di molti

---

estendere la protezione si traduce nella riduzione della natura e posizione del diritto. La sua banalizzazione, appunto, che, una volta avvenuta, diventa caratteristica del diritto che ne è stato colpito».

<sup>264</sup> Come recita il sottotitolo del volume A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, cit.

<sup>265</sup> S. CIUFFOLETTI, *Le politiche legislative sulla detenzione femminile in Italia. Tra effettività e propaganda*, in *Studi sulla questione criminale*, IX, n. 3/2014, 52.

<sup>266</sup> V. MANCA, *Covid-19 e carceri: un'emergenza al quadrato, umana e sanitaria*, in [Diritto e Giustizia](#), 16 marzo 2020.

<sup>267</sup> Importante la raccolta di saggi nel bel volume F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, che il curatore definisce come "cortometraggio documentativo" sullo stato dell'arte dei rimedi, con interventi di accademici, avvocati, magistrati.

<sup>268</sup> Così, F. CASCINI e F. STILLA, *Art. 6*, cit., 101.

<sup>269</sup> Così ricordano Franco Corleone e Andrea Pugiotto, curatori del volume *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma 2012, nell'introduzione. Sul tema, v. E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, n. 4/2015, 1655 ss.; L. MARINUCCI e E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, V ed., Milano, 2015.

<sup>270</sup> A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario*, cit., 1209. V. però R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la "Torreggiani"*, cit., 628 ss. riporta invece correttamente i termini della questione anche in [Muršič](#), in specie 631 e 637.

<sup>271</sup> Ex artt. 35-bis e 35-ter ord. penit.; v. il testo del comunicato di chiusura del caso: Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Risoluzione CM/ResDH(2016)28, adottata l'8 marzo 2016.

edifici, a problemi nell'erogazione dell'acqua corrente o nel funzionamento del riscaldamento<sup>272</sup>, alla difficoltà di garantire i diritti sociali, aspetti che sulla qualità dell'espiazione impattano assai più della capienza *ex se* considerata.

Inoltre, una riflessione sul tema non potrebbe comunque prescindere da un approccio sistemico in grado di mettere in luce il filo rosso che lega l'esecuzione della pena al suo "prima" e al suo "dopo". Indirizzarsi verso opzioni – di politica legislativa e amministrativa – tali da contenere o persino evitare le presenze in carcere potrebbe infatti impattare sulla densità detentiva in termini ben più significativi. Si pensi alle misure sociali di sostegno a quelle vicende che portano a essere contigui con la criminalità o a un più massiccio ricorso alle misure alternative, al lavoro, intra ed extra murario, come sembra prospettare la recente riforma anche rispetto alle sanzioni sostitutive<sup>273</sup>. Così, anche l'incremento delle modalità previste dalla c.d. "sorveglianza dinamica" e delle "celle aperte" che consentono di trascorrere la maggior parte del tempo al di fuori della camera di pernottamento, di fatto riducendo l'impatto della scarsità di spazi<sup>274</sup>.

La questione del sovraffollamento chiama in causa anche la prospettiva definita multilivello<sup>275</sup>, quanto meno sotto due profili, il primo dei quali riguarda l'asserito "dialogo fra le Corti"<sup>276</sup> che, nel caso di specie, si è caratterizzato per essere un dialogo fra chi sembra non ascoltare o non comprendere. Da un lato, infatti, la copiosa giurisprudenza di Strasburgo, non particolarmente contraddistinta da coerenza e linearità, ha però fornito indicazioni piuttosto nette sui confini del sovraffollamento e sulle modalità di calcolo degli spazi detentivi, attraverso il rifiuto di automatismi e l'elaborazione di griglie di valutazione (come il c.d. "test Ananyev"), ritenendo che la carenza di spazio detentivo in ragione della sovrappopolazione può condurre a una violazione dell'art. 3 CEDU, sia pure quale elemento non determinante ed esclusivo, ma piuttosto concorrente con altri fattori<sup>277</sup>, assumendo caratteri prescrittivi<sup>278</sup>. Dall'altro i giudici interni hanno mostrato una certa fatica nel porsi in dialogo e in ascolto dei giudici europei<sup>279</sup>, con pronunce non di rado approssimative<sup>280</sup> e con un ricorso frequente a motivazioni ripetitive<sup>281</sup>, spesso frutto di un mero "richiamo" *per relationem*, peraltro non del tutto corrispondente alla realtà<sup>282</sup>; talvolta, è altresì

---

<sup>272</sup> Si vedano, *inter alia*, le Raccomandazioni del Garante nazionale delle persone private della libertà personale, *Norme e normalità. Standard per l'esecuzione penale detentiva degli adulti. Raccolta delle raccomandazioni 2016-2017*, 2018.

<sup>273</sup> D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 di riforma della giustizia penale.

<sup>274</sup> Anche in questi casi, sarebbe importante evitare descrizioni enfatiche che impediscono di osservare il quadro di insieme che – già da alcuni anni – vede ad esempio un maggiore numero di persone in esecuzione penale esterna rispetto a quella intramuraria. V. R. TURRINI VITA, Adeo iam fracta est aetas, in *queste istituzioni*, n. 3/2021.

<sup>275</sup> È solo possibile qui operare un rapido cenno alla nota espressione coniata da I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?* in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss., rinviando per approfondimenti alla alluvionale dottrina.

<sup>276</sup> Ha ritenuto abusata tale espressione A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo secondo diritto costituzionale*, in M. D'Amico e B. Randazzo (curr.), *Alle frontiere del diritto. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1755 ss.

<sup>277</sup> Su cui v. F. PICOZZI, *La densità detentiva sul piano sovranazionale*, cit., 55 ss.

<sup>278</sup> Così ritiene condivisibilmente A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 256.

<sup>279</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza italiana, Relazione predisposta per la Conferenza trilaterale della Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, 547, che ricorda come in una prospettiva multilivello, anche al giudice è richiesto di "fare giustizia", tenendo conto del quadro sovranazionale e delle sue implicazioni e dovendosi avvalere degli strumenti del diritto internazionale.

<sup>280</sup> V. *amplius*, l'analisi dettagliata in A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, cit., 142 ss., cui si rinvia.

<sup>281</sup> V. M. PASSIONE, *I rimedi "compensativi" (art. 35-ter legge n. 354 del 1975); la giurisprudenza di merito*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 563 ss.

<sup>282</sup> V. il riconoscimento di un vero e proprio «diritto ad uno spazio minimo incompressibile» (Mag. sorv. Venezia, 6

emersa una disattenzione anche rispetto alle modalità di computo degli spazi necessari nel definire cosa integri il sovraffollamento, quanto ai parametri ulteriori che lo determinano, ad esempio, se al netto o al lordo del mobilio e dei servizi igienici<sup>283</sup>. Debole è sembrata peraltro la consapevolezza circa il fatto che, per le modalità del giudizio e per la tipologia di giudice, la giurisprudenza convenzionale si caratterizza per un approccio inesorabilmente casistico<sup>284</sup>, che sconta considerevoli differenze sulla base della vicenda concreta e dell'ordinamento di riferimento e che non fa sorgere obblighi verso lo Stato, fatta eccezione per il caso in cui si tratti di una condanna verso di questo stesso, diversamente non essendo una regola generalmente valida e applicabile *de plano*.

Il secondo profilo critico che la prospettiva multilivello mette in luce riguarda il rischio che una lettura enfatica della Convenzione e del suo ruolo nella tutela dei diritti possa porre in secondo piano la fecondità della Carta costituzionale<sup>285</sup>, la cui disposizione di riferimento (art. 27, co. 3) ha potenzialità analoghe a quella convenzionale (art. 3 CEDU). Se fino all'irrompere delle pronunce di Strasburgo, l'art. 27, co. 3, Cost. non ha mai trovato una valorizzazione da parte degli interpreti interni, è però da rilevare come, una volta aperta la strada dai giudici della Convenzione, questi abbiano successivamente cercato di andare oltre quanto era sancito dalla Corte europea e cristallizzato nell'art. 35-ter ord. penit.<sup>286</sup>. È dunque la stessa idea che spesso propala dalle pronunce interne di una giurisprudenza convenzionale "salvifica" e della CEDU quale riferimento unico nella tutela dei diritti umani a destare perplessità, se non altro a livello di sistema poiché mostra poca consapevolezza di come le tutele offerte dalla CEDU non rappresentino affatto l'ottimale obiettivo cui tendere nella chiave di una maggiore protezione possibile, piuttosto essendo le violazioni a segnare il superamento della soglia minima di protezione prevista dalla Convenzione, qualificando la condanna di Strasburgo quale sintomo della patologia delle azioni di uno Stato in un caso specifico<sup>287</sup>, sempre ricordandone l'approccio casistico<sup>288</sup>. Sul punto si ricordi quella "anamorfosi giudiziaria", operata dal giudice di legittimità rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo, con risultati assai poco condivisibili, in materia di rimedi compensativi, ma in generale di interpretazione da parte

---

febbraio 2014, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2014, 2673, con nota di A. ALBANO e F. PICOZZI, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*; A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani*, cit., 1272) richiamato quale diretta conseguenza del [caso Sulejmanovic o di quello Torreggiani](#), conclusione corrispondente al contenuto di tali pronunce poi però smentita dalla successiva evoluzione della giurisprudenza.

<sup>283</sup> V. *supra*, parr. 5 ss.

<sup>284</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 156; V. ZAGREBELSKY, *Natura della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto ai fini dell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni di nuova giurisprudenza ligure. Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali. Atti del Seminario del 12 ottobre 2012*, 2013, 10. R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la "Torreggiani"*, cit., 657, nota 62, pone in evidenza la difficoltà di trarre principi dalla giurisprudenza convenzionale, proprio perché di matrice essenzialmente casistica.

<sup>285</sup> Ritiene che l'apertura verso l'esterno non rappresenti una *deminutio*, ma si traduca in una esaltazione di alcuni dei valori che ne stanno alla base, A. RUGGERI, [Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"](#), in [Consulta OnLine 2012](#) (21 aprile 2012).

<sup>286</sup> M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2013, 1 ss.

<sup>287</sup> A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 194, ricorda come la Corte riconosca una violazione dell'art. 3 CEDU quando i trattamenti detentivi superino una soglia minima di gravità, «dato per sua natura relativo e ancorato alle circostanze del caso concreto». D. GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis, 35-ter dell'ordinamento penitenziario*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, cit., 110, ricorda però come le sentenze della Corte di Strasburgo sono l'esito di una genesi complessa che tiene conto delle pronunce verso altri Paesi.

<sup>288</sup> Va notato come le pronunce [Muršić e Ananyev](#), per quanto di capitale importanza, non siano quasi mai citate. Si argomenta l'idea che si tratti di «una lettura semplicistica e lacunosa della copiosa e contraddittoria produzione della Corte strasburghese»; così notano A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, cit., 145 ss.

della Corte di cassazione<sup>289</sup>, sia pure con non poche oscillazioni rispetto alle modalità di computo dei mobili<sup>290</sup>, con richiami per aspetti che non sono affatto citati nel modo riportato dal giudice della Convenzione<sup>291</sup>.

Appare dunque dubbia la stessa configurabilità del tanto evocato “dialogo fra le Corti”<sup>292</sup>, posto che spesso lo stesso giudice della nomofilachia ha richiamato pronunce di Strasburgo<sup>293</sup>, senza però realmente dare conto delle argomentazioni e dei suoi contenuti<sup>294</sup> e peraltro giungendo a esiti diametralmente opposti; si pensi ancora a come assai poco venisse richiamata, prima della pronuncia a Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>295</sup>, la [sentenza Ananyev](#), in cui la Corte EDU ha invece elaborato un vero e proprio “test” ai fini di una verifica della violazione dell’art. 3 CEDU<sup>296</sup>.

Trattando di sovraffollamento, vi è poi l’evidente aspetto che, anche in questa vicenda come peraltro spesso accade, vede il legislatore fortemente orientato dalla contemporaneità quasi mettendo in ombra quel carattere di generalità e astrattezza della legge, posto che le asserite “soluzioni” sono spesso adottate nella forma di atti assunti in risposta a vicende e casi concreti. I meccanismi di produzione legislativa sul tema si caratterizzano infatti per quell’urgenza e quell’emergenzialità che ne impediscono un respiro di medio periodo ma che sono dati per ovvi e necessari alla luce di quel carattere di drammaticità cui prima si faceva riferimento. Appare certo come intendere il sovraffollamento carcerario quale situazione emergenziale determini inevitabilmente una priorità di intervento rispetto ad altre questioni di certo parimenti importanti, che affliggono forse in termini ancora peggiori chi viva in condizioni detentive ma che ne risultano inevitabilmente invisibilizzate.

Occorre dunque considerare il rischio che in nome di una “soluzione” al sovraffollamento si venga a generare una compressione dei diritti e libertà delle persone recluse già fortemente provati dalle condizioni dell’espiazione. Si pensi a come la “soluzione” al sovraffollamento possa condurre a compromettere il principio della territorialità, secondo cui la persona deve preferibilmente essere reclusa in un istituto prossimo al luogo di residenza o comunque al luogo di residenza della famiglia e degli affetti<sup>297</sup> ma che, proprio in quanto *principio* e non vero e proprio *diritto* in capo alla persona

---

<sup>289</sup> V. A. ALBANO e F. PICOZZI, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU*, cit., 2875.

<sup>290</sup> V. Cass., 24 settembre 2020, cit. F. GIANFILIPPI, *Il letto (di Procuste) e le Sezioni Unite*, cit.

<sup>291</sup> Si veda, esemplificativamente, Cass., Sez. I, 9 settembre 2016, n. 52819, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2017, 2875 ss.

<sup>292</sup> A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., XVI, ricorda come la collaborazione con organi giurisdizionali esterni è *condicio sine qua non* per l’affermazione della cultura dei diritti e il consolidamento di *standard* soddisfacenti e comuni di tutela, esigenza posta dalla necessità di una integrazione interordinamentale. Parla invece di una positiva interazione tra Corte Costituzionale, Corte di Strasburgo, giudici comuni e legislatore, G.P. DOLSO, *La tutela dei diritti dei detenuti: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, 61, per quanto ammetta che non vi è una perfetta sintonia fra i due livelli – interno e sovranazionale – di giurisdizione e ciò possa compromettere la certezza del diritto in ragione di dubbi applicativi e orientamenti difformi. R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”*, cit., 619 (in tema prove) e 623 (in materia di “anarchia”) non a caso parla di “prove di dialogo” fra Corte europea e giudice di legittimità, mettendo efficacemente in luce come il rinvio alla giurisprudenza di Strasburgo mostri il rischio di una “anarchia” nella quale ogni giudice potrebbe avere la possibilità di assumere una decisione in contrasto con la giurisprudenza di merito o quella di legittimità. Peraltro, l’a. estende la riflessione anche al piano interno, ricordando la copiosa giurisprudenza della Cassazione (diverse decine di migliaia di provvedimenti) la renda “non umana”, manifestandosi come particolarmente arduo qualsiasi confronto, posto che non sempre può rilevarsi una omogeneità.

<sup>293</sup> F. FIORENTIN, *Il vaso di Pandora scoperto*, cit., 5.

<sup>294</sup> G.P. DOLSO, *La tutela dei diritti dei detenuti*, cit., 60, riepiloga la confusione ermeneutica derivata dall’applicazione delle conclusioni della giurisprudenza di legittimità o di Strasburgo a opera dei giudici di merito.

<sup>295</sup> V. C. cass., 24 settembre 2021, cit.

<sup>296</sup> M. PASSIONE, *I rimedi “compensativi” (art. 35-ter legge n. 354 del 1975)*, cit., 586.

<sup>297</sup> Cfr. circolare D.A.P. 18 aprile 2014, n. 0145780, *Contenzioso ai sensi degli articoli 35-bis e 69 O.P. Reclami in tema di calcolo dello spazio detentivo pro capite*, nella quale il Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria invita le direzioni degli istituti «a chiedere il trasferimento del detenuto in sede vicine» ove ciò si renda «assolutamente necessario», anche in relazione all’orientamento della magistratura di sorveglianza territorialmente competente in

reclusa<sup>298</sup>, rischia di essere sacrificato. Spostare le persone verso strutture meno sovraffollate di certo riduce la densità abitativa di un istituto, per quanto spesso conduca gli interessati in luoghi assai distanti da quelli in cui possono contare su una rete sociale e familiare<sup>299</sup> con un inevitabile impatto sulla qualità della detenzione.

Occorre pure evidenziare l'incerto *drafting* legislativo; in proposito si ricordi il rinvio mobile alla CEDU, «come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani»<sup>300</sup>, che rappresenta un *unicum* nell'ordinamento, spesso foriero di confusione poiché – oltre a porsi come normativa in buona parte superflua e pleonastica<sup>301</sup> – si riferisce a criteri non facilmente desumibili alla luce dell'approccio prevalentemente casistico della Corte di Strasburgo, del carattere talvolta contraddittorio ma soprattutto della copiosità di tale giurisprudenza<sup>302</sup>. Peraltro, come noto, quando una disposizione

---

tema di calcolo della superficie detentiva. Per l'Amministrazione penitenziaria, infatti, è sempre «prevalente il diritto – inderogabile – a disporre di una superficie minima pro capite, rispetto all'interesse legittimo alla territorialità dell'esecuzione della pena».

<sup>298</sup> Per quanto sul punto sia intervenuta una modifica nell'ambito della c.d. "Riforma Orlando" (d. lgs. 2 ottobre 2018, n. 123), è dubbia la configurazione come diritto soggettivo derivante dal novellato art. 42 ord. penit. (co. 2 in particolare), laddove afferma che «[n]el disporre i trasferimenti i soggetti sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale». Per la dottrina sul punto, v. M.G. COPPETTA, *Art. 42*, in F. Della Casa e G. Giostra (curr.), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova 2019, 581 s.; S. MARIETTI, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. Gonnella (cur.), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Torino, 2019, 22 ss.; F. GIANFILIPPI e L. LUPARIA, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, in F. Della Casa e G. Giostra (curr.), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 118.

Sulla distinzione fra principio e diritto in ambito europeo, per l'analogia che riecheggia circa il dibattito italiano tra norme programmatiche e norme precettive, v. A.O. Cozzi, *Diritti e principi nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 20 ss.

<sup>299</sup> Al pari di quanto accade in altri paesi, si ricordi che anche in Italia la densità detentiva non sia omogenea sul territorio nazionale.

<sup>300</sup> Art. 35-ter ord. penit., rubricato «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati», che testualmente si riferisce a «condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>301</sup> In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale a partire dalle sentenze gemelle (Corte cost. [348](#) e [349/2007](#); v. in un *climax*, [Corte cost. 39/2008](#), in cui la stessa Consulta richiama la soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, cui gli Stati sono vincolati a uniformarsi, salvo lo scrutinio di costituzionalità; [Corte cost. 239/2009](#) e [311/2009](#), in cui la Corte aveva riconosciuto che «l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea», ma con un «margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»; Corte cost. [196/2010](#), dove si richiama la necessità di un'interpretazione della norma interna rispetto alla norma CEDU, nella lettura offerta dalla Corte di Strasburgo; Corte cost. [80](#), [116](#) e [236/2011](#); [264/2012](#); [135/2014](#); [49/2015](#); [36](#) e [276/2016](#); [68](#) e [109/2017](#)). L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: alcune riflessioni tra interpretazione conforme e margine di apprezzamento*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2008, 127. Così, anche la Corte di Strasburgo, a partire dal [caso c.d. Scordino](#), V. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 154. In proposito, l'a. si interroga su come si possa individuare la tutela più intensa (152 ss. e 236 ss.), pure analizzando la dibattuta questione dell'ingresso della CEDU nell'ordinamento, ex artt. 10 e 117 Cost. (3 ss.) e ripercorrendo la nota dicotomia fra dualismo e monismo, cui non è possibile in questa sede dedicare attenzione. V. C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in F. Dal Canto e E. Rossi (curr.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di A. Concaro. Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010*, Torino, 2011. Sul margine di apprezzamento e sul dialogo tra ordinamenti, v. G. MARTINICO e O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, UK-Northampton, MA, USA. Circa l'interpretazione conforme, v. A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul Sistema delle fonti. XXII. Studi dell'anno 2018*, Torino, 2018.

<sup>302</sup> Come si ricorda, infatti, i giudici comuni hanno comunque l'obbligo di interpretazione conforme delle norme interne rispetto a quelle CEDU, sulla base dell'art. 117 Cost. Ritiene invece che si tratti di un riferimento realizzato con

interna – attraverso un rinvio – viene interpretata tenendo conto della CEDU, quest’ultima è *de plano* considerata come comprensiva anche dell’interpretazione offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo, senza alcuna necessità di un richiamo espresso ma *ex art. 117 Cost.*<sup>303</sup>, dovendosi pure ricordare le disposizioni dell’ordinamento internazionale che vietano la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, oltre che il diritto consuetudinario assunto al rango di *ius cogens* vincolando lo stato. Nella redazione di tale disposizione, si è di fatto posta la premessa per una potenziale confusione ermeneutica qualora intervenga una diversa (e più favorevole al reo) interpretazione da parte di un altro organismo, poiché sembrerebbe non possibile accogliere il criterio *pro homine* nell’interpretare la legge interna, risultando quest’ultima vincolata, anche nel caso in cui intervenga un atto di un Comitato ONU più favorevole alla persona rispetto all’interpretazione fino a quel momento resa dalla Corte di Strasburgo<sup>304</sup>. Di recente, la Corte di cassazione è peraltro intervenuta proprio per ribadire come non possa trovare spazio un’interpretazione più favorevole rispetto alla giurisprudenza convenzionale che dunque – e paradossalmente – si porrebbe quale limite nel garantire maggiori tutele<sup>305</sup>. L’aspetto che genera perplessità risiede nel fatto di finire per contraddire quel che si assume essere il suo presunto obiettivo, dunque fra *ratio legis* ed effetti della normativa che ammette, sia pure sul piano potenziale, una restrizione delle tutele.

Pure da evidenziare il ruolo assunto dagli strumenti di *soft law*<sup>306</sup>, assai presenti nel contesto penitenziario<sup>307</sup>, il cui carattere problematico spesso rimane in ombra quanto alla forza e collocazione nel sistema delle fonti<sup>308</sup>, alla trasparenza dei processi decisionali che a essi hanno condotto, ma pure alla giustiziabilità delle istanze.

In conclusione, al di là dell’enfasi mediatica che spesso lo caratterizza e della polemica politica che sterilmente lo pone al centro di un dibattito non sempre ancorato alla considerazione della sua reale entità e dunque non in grado di esprimere una convincente dimensione risolutiva, il sovraffollamento si pone come tema bisognoso di una sistematizzazione che tenga conto la pluralità di nozioni, che non sempre paiono note a chi pure ne è chiamato a scelte di sicuro impatto sul sistema punitivo. Nella consapevolezza della complessità del tema, il lavoro ha dunque tentato di fissare gli esatti confini di una nozione solo apparentemente inequivocabile, spesso evocata senza piena consapevolezza e protagonista di una vera e propria anamorfosi, attraverso l’opera dei giudici.

Simile profilo ha peraltro fatto emerge il ruolo del giudice nel sistema interno che non lo inquadra quale supino applicatore della legge, quale *bouche de la loi*, al contrario assegnandogli anche un potenziale di “contestazione” del precetto legislativo attraverso l’interpretazione conforme a

---

una tecnica “elastica” correlata a una giurisprudenza per sua natura stabile e destinata a modificarsi alla luce della CEDU come *living instrument*, R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”*, cit., 642.

<sup>303</sup> G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 2/2009, 219, che nell’illustrare il “principio di conformità” sottolinea come la norma esterna debba essere applicata «così come interpretata nel suo ordinamento e dal suo giudice, per ciò stesso con le sue dinamiche e di conseguenza la sua effettività». Sul punto, v. ancora A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 159. Si richiama l’art. 32 CEDU.

<sup>304</sup> Ritiene invece che il giudice interno possa offrire una tutela maggiore di quella riconosciuta dalla giurisprudenza CEDU, R.G. CONTI, *La nuova frontiera dopo la “Torreggiani”*, cit., 624.

<sup>305</sup> Cass., SS.UU., sent. 24 settembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 6551, su cui v. A. ALBANO e F. PICOZZI, *Il problematico recepimento della giurisprudenza CEDU da parte dei giudici interni*, cit., 142 ss.

<sup>306</sup> E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

<sup>307</sup> Si pensi, *inter alia*, alle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, in specie, quanto alle c.d. Regole penitenziarie europee (Consiglio d’Europa – Comitato dei Ministri, *Raccomandazione agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee*, Rec (2006)2-rev dell’11 febbraio 2006, riviste e modificate il 1° luglio 2020); alla disciplina elaborata dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti (in sigla, CPT), i cui rapporti – e in specie le cc.dd. “Norme del CPT” – sono stati spesso richiamati dalla Corte di Strasburgo a fondamento delle proprie decisioni. V. anche il più recente documento del CPT del 15 dicembre 2015.

<sup>308</sup> G. SILVESTRI, *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3410.

costituzione e l'incidente di costituzionalità. Di fronte al precetto legislativo che suscita dubbi di conformità a Costituzione, esso ha dunque il dovere di proporre, fra le diverse possibili, una interpretazione tale da risultare conforme alla Costituzione; l'attività ermeneutica non dovrebbe invece tradursi nella necessaria e acritica applicazione delle pronunce dei giudici di Strasburgo, ben potendosi distanziare laddove così sia suggerito da una più piena adesione alla Carta fondamentale e dunque per garantire una più solida tutela della persona *in vinculis*.

Conclusivamente, pare dunque di doversi recuperare la centralità del sovraffollamento, da un lato nella prospettiva che lo interroga attraverso il problematico rapporto fra autorità e libertà, chiamando in causa la forma di Stato posta la cura di cui l'amministrazione penitenziaria si fa titolare rispetto alla persona in stato di detenzione<sup>309</sup>, dall'altro respingendo la sua archiviazione quale tema che soltanto riguarda gli spazi fisici, posto che invoca una riflessione sullo statuto costituzionale della persona *in vinculis* e sul senso costituzionale della potestà punitiva statale in risposta al principio per cui «le pene *devono* tendere alla rieducazione»<sup>310</sup>. Nessun dubbio può esservi circa il fatto che il sovraffollamento rappresenti il primo ostacolo all'implementazione di qualsiasi programma di recupero della persona<sup>311</sup>, posto che espriare la condanna in condizioni non rispettose di uno spazio minimale mina alla radice, e in modo insanabile, la finalità costituzionale della rieducazione, senza che possa entrare in un bilanciamento ineguale la difesa sociale come valore *ex se* prevalente<sup>312</sup>. Infatti, contemplare una gerarchizzazione fra diritti e libertà porterebbe ad ammettere che il carcere si tramuti in uno spazio fisico di contenimento e afflizione, riproponendo impostazioni oramai definitivamente superate e certamente incompatibili con l'impianto costituzionale che lo individua come spazio di recupero della persona e della sua relazione con la collettività, attraverso la legalità<sup>313</sup>.

In questo senso, può riconoscersi come il tema si presti a porsi quale misura della tenuta dei diritti proprio nell'ambito che, più di altri, ammette l'indebolimento della persona, poiché la priva

---

<sup>309</sup> È infatti definitivamente da chiarire l'implicito per cui l'espiazione della pena è finalizzata alla punizione del reo, posto che non si va in carcere per essere puniti ma perché si è puniti. M. PALMA, *Il diritto al nome*, in Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, *Presentazione della Quarta Relazione al Parlamento*, Autorità garante, Roma, 2020, 15.

<sup>310</sup> Valorizza il portato di questa affermazione dell'art. 27, co. 3, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit.; sull'intersezione fra sovraffollamento e diritti dei detenuti, v. F. Caprioli e L. Scomparin (curr.), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

<sup>311</sup> P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Prefazione. Il sovraffollamento carcerario e i diritti umani*, in F. Fiorentin (cur.), *La tutela preventiva e compensativa per i diritti dei detenuti*, Torino, 2019, XIII ss.

<sup>312</sup> Come noto, la giurisprudenza costituzionale e convenzionale ha individuato anche la difesa sociale come rientrante tra le finalità della pena, di concerto con obiettivi di prevenzione speciale e generale, per quanto l'unico riferimento testuale in Costituzione è alla rieducazione del condannato. La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato come la finalità rieducativa concorre con l'obiettivo di prevenzione generale e di difesa sociale della pena. Il legislatore può far prevalere ora l'una, ora l'altra, senza tuttavia poterne del tutto escludere alcuna (*inter alia*, v. [Corte cost. 183/2011](#); [Corte cost. 179/2017](#); [149/2018](#)). Per quanto riguarda giurisprudenza di Strasburgo, numerose pronunce hanno contribuito a definire un obiettivo multiplo della pena nei termini di «*punishment, deterrence, public protection and rehabilitation*», da ultimo con [Hutchinson c. Regno Unito, 17 gennaio 2017, § 43 \(n. 57592/08\)](#), ma v. anche [Murray c. Paesi Bassi, 26 aprile 2016 \(n. 10511/10\)](#); [Khoroshenko c. Russia, 30 giugno 2015 \(n. 41418/04\)](#); [Vinter e altri c. Regno Unito, 9 luglio 2013, \(n. 66069/09\)](#); [James, Wells e Lee c. Regno Unito, 8 settembre 2012 \(nn. 25119/09, 57715/09 e 57877/09\)](#); [Maiorano e altri c. Italia, II Sez., 15 dicembre 2009 \(n. 28634/06\)](#); [Dickinson c. Regno Unito, 4 dicembre 2007 \(n. 44362/04\)](#); [Mastromatteo c. Italia, 24 ottobre 2002 \(n. 37703/97\)](#). Secondo alcune letture, infatti, intendere la pena nel suo significato letterale, indurrebbe a considerare il profilo che vi è insito come castigo e punizione, a cui risalirebbe la finalità retributiva esplicitata dunque – anche se non letteralmente – anch'essa in Costituzione. I richiami in dottrina sono sterminati, ma v. M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (curr.), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 339 ss.

<sup>313</sup> Parla di carcere come «luogo della legalità», M. RUOTOLO, *Il carcere come luogo della legalità. In onore di Valerio Onida*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2011, 1 ss.

della libertà personale, connotandola, *ex se*, come soggetto debole. E proprio per tale ragione è nella Costituzione che occorre radicare la riflessione affinché essa possa appieno esprimere il proprio potenziale di tutele verso la persona coinvolta, garantendo, al contempo, l'insieme delle posizioni giuridiche che vengono in causa. Soltanto così la pena tornerà a essere uno spazio temporale per la cura del sé e per il recupero delle relazioni umane e sociali compromesse dal reato, non limitandosi a una mera afflizione, al mero scorrere del tempo, alla sottrazione di consistenti frammenti di vita da parte della pubblica autorità, ponendosi quale proiezione per il recupero della persona.

ANNAMARIA POGGI\*

## Scuola e pandemia: cosa è accaduto, cosa abbiamo imparato

SOMMARIO: 1. Cosa è capitato e quali problemi ci lascia in eredità questa pandemia. – 2. Cosa abbiamo imparato. – 3. Ed ora? Dare un senso al COVID.

**ABSTRACT: *The essay aims to reflect on the impact that the pandemic has had on the world of school, in light of some data that the Author analyzes. Starting from this "photograph" of reality, the Author focuses on the "lessons" imparted by the health crisis, in order to improve the school system and make sense of Covid.***

### 1. Cosa è capitato e quali problemi ci lascia in eredità questa pandemia

Un minuscolo virus, comparso in un lontanissimo villaggio della Cina, ha creato un cataclisma.

Ha paralizzato la vita economica e sociale in 177 Paesi: quattro miliardi di persone confinate, trenta milioni di malati, poco meno di un milione di morti.

Dopo un anno, questa era la fotografia nel mondo e in Italia (2 marzo 2021) restituita da Save the Children:

«Si stima che nel mondo siano stati persi 112 miliardi di giorni dedicati all'istruzione. Sono i bambini più poveri quelli che sono stati maggiormente colpiti, subendo le forti conseguenze della pandemia sulla loro istruzione e il loro futuro.

Dalla nostra ultima analisi globale, su 194 Paesi, emerge che i minori in America Latina, nei Caraibi e nell'Asia meridionale hanno perso quasi il triplo dell'istruzione dei coetanei dell'Europa occidentale.

Quasi un anno dopo la dichiarazione ufficiale della pandemia globale, centinaia di milioni di bambini e adolescenti rimangono fuori dalla scuola. Questa grave emergenza ha ampliato il divario tra i Paesi e all'interno dei Paesi stessi, come quello tra le famiglie più ricche e quelle più povere, tra i bambini che abitano nelle aree urbane e quelle rurali, tra i rifugiati o sfollati e le popolazioni ospitanti, tra i minori con disabilità e quelli senza.

È necessario agire in modo strutturato e globale, per garantire che non siano i più piccoli a pagare il prezzo di questa pandemia», ha dichiarato commentando questi dati, Daniela Fatarella, Direttrice Generale di *Save the Children* Italia.

Per quanto riguarda l'Italia, da settembre 2020 a fine febbraio 2021, i bambini delle scuole dell'infanzia a Bari, per esempio, hanno potuto frequentare di persona 48 giorni sui 107 previsti, contro i loro coetanei di Milano che sono stati in aula tutti i 112 giorni in calendario. Gli studenti delle scuole medie a Napoli sono andati a scuola 42 giorni su 97 mentre quelli di Roma sono stati in presenza per tutti i 108 giorni previsti. Per quanto riguarda le scuole superiori, i ragazzi e le ragazze di Reggio Calabria hanno potuto partecipare di persona alle lezioni in aula per 35,5 giorni contro i 97 del calendario, i loro coetanei di Firenze sono andati a scuola 75,1 giorni su 106.

---

\* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

Si stimava allora che, in assenza di interventi, ci sarebbe stata una perdita di apprendimento equivalente a 0,6 anni di scuola e di un aumento del 25% della quota di bambini e bambine della scuola secondaria inferiore al di sotto del livello minimo di competenze.

Queste perdite sarebbero state maggiori per gli studenti provenienti da famiglie meno istruite; una conferma delle preoccupazioni legate all'iniquità delle conseguenze della pandemia.

La scuola italiana, ha rilevato l'INVALSI, ha perso terreno: la pandemia ha lasciato un solco profondo negli apprendimenti. Dalle rilevazioni del 2021 è emerso che alle medie il 39% degli studenti non ha raggiunto il livello di accettabilità in italiano (nel 2018 e nel 2019, quindi in periodi pre-crisi, si era fermi al 34%), con un calo generalizzato in tutto il Paese. Male anche in matematica, dove il 44% dei ragazzi usciti a giugno dalla terza media non ha raggiunto le competenze minime (39% nel 2019, 40% nel 2018). E in entrambe le discipline, ad andare peggio sono stati gli alunni socialmente svantaggiati. L'inglese sostanzialmente ha tenuto, così come la primaria, dove i risultati 2021 sono stati in linea con quelli pre-pandemia.

In quinta superiore si è assistito a una vera e propria *debacle*, con il 44% di studenti che non è arrivato al livello minimo in italiano (35% nel 2019) e addirittura il 51%, vale a dire uno su due, in matematica (42% nel 2019).

Inoltre, la DAD ha causato nuovi danni formativi ai giovani.

Circa uno studente su due, nell'era Covid della didattica a distanza, ha terminato l'anno scolastico impreparato. La fotografia, impietosa, l'ha scattata il Rapporto INVALSI 2021, che certifica un quadro in cui la pandemia e la DAD hanno fatto danni enormi sull'apprendimento dei ragazzi: il 9,5% dei ragazzi esce da scuola con competenze di base inadeguate.

## 2. Cosa abbiamo imparato

Ma, come ci ricorda Edgar Morin, non è successo solo questo poiché «le costrizioni hanno portato ciascuno di noi a interrogarsi sul proprio stile di vita, sui veri bisogni, sulle proprie aspirazioni. Reclusi e tuttavia aperti al destino terrestre, condannati a riflettere sulla nostra relazione con il mondo».

Insomma, questo tempo non è stato solo negativo. Ci ha costretto a riflettere. E se siamo disposti ad imparare ci ha anche insegnato molte cose.

Anzitutto che viviamo ormai interconnessi, in un "villaggio globale" in cui le informazioni circolano nello stesso istante in ogni parte del mondo; in cui le decisioni politiche e/o economiche del governo di un Paese hanno, all'istante, conseguenze in tutte le altre nazioni in cui virus anche mortali in meno di trentasei ore si diffondono in ogni angolo del pianeta e lo stravolgono.

Inoltre, la pandemia ha sorpreso i vari sistemi sanitari; ha fatto capire che nessuno è immune dalla malattia; che nessuno si salva da solo; che la salute dovrà essere sempre di più un interesse collettivo; che occorre mettere al primo posto i valori della solidarietà e della cooperazione internazionali.

La salute non potrà più essere percepita in una dimensione individuale, ma sempre di più in una dimensione collettiva. Questo, per es., ci interroga molto rispetto alla questione di chi non si vuole vaccinare, perché ovviamente chi non si vuole vaccinare, da un lato, fa valere un diritto, un interesse comunque individuale e, dall'altra parte, però, c'è anche un interesse della collettività; come mettiamo insieme queste due cose? Sono due dimensioni su cui

dobbiamo riflettere perché la pandemia ha ovviamente fatto esplodere le contraddizioni, ma ha anche portato alla luce questioni cruciali.

Il valore della solidarietà è tornato centrale nella riflessione e sta assumendo lo stesso rilievo del diritto individuale. La pandemia ci ha insegnato che lo sviluppo dei diritti individuali deve andare di pari passo con la solidarietà e questo anche nel mondo della scuola è fondamentale e qui gli esempi si potrebbero moltiplicare. Quante situazioni di fragilità individuale potrebbero essere risolte con una accentuata spinta sulla solidarietà, penso ai fenomeni del bullismo, della disabilità o anche a fenomeni meno gravi ma che sono sicuramente spia di un fatto che forse una delle cose che ci dovrebbe rimanere è che anziché continuare a dire “io, io” cominciamo, magari, a dire più spesso “noi”. Non solo “io” ma anche “noi”, all’interno anche del contesto scolastico.

Ed ancora: abbiamo capito che il mondo ha bisogno di ricerca scientifica, di sistemi sanitari all’altezza, di uomini e di donne di buona volontà che siano disponibili a lavorare con competenza per il bene comune.

Sui primi due punti la riflessione coinvolge che i livelli istituzionali. La tanto criticata Organizzazione Mondiale della Sanità da tempo avvertiva i Paesi del rischio pandemie mondiali, generate dai possibili “salti” di natura e dalla modificazione, in taluni casi irreversibile, dell’ambiente naturale. Il 15 gennaio 2019 presentando il Piano strategico quinquennale avvisava la comunità internazionale dell’imminente arrivo di un’altra pandemia influenzale.

Se la pandemia è mondiale è impensabile salvarsi da soli, perché se il virus non sarà contrastato ovunque, potrebbe tornare a circolare in questa o altre forme. Al di là delle polemiche che stanno investendo il modo in cui l’OMS, a detta di taluni, ha gestito malamente soprattutto le fasi iniziali, ciò che il Covid-19 sta dimostrando è che di un’organizzazione mondiale sanitaria vi è un estremo bisogno.

Con due conseguenze. La prima è che dovrebbe essere cura di tutti gli Stati rafforzare l’OMS, ovvero modificare la sua *governance*, allo scopo di renderla adeguata a fronteggiare l’attuale come le sfide future. La seconda è che è ora di prendere estremamente sul serio le indicazioni che sono state indirizzate alla comunità internazionale.

Più in generale è il rapporto scienza-politica che occorre strutturare saldamente e come infrastruttura stabile del Paese.

La quantità di *task force*, nazionali e locali, create appositamente in queste settimane costituiscono indubbiamente un prezioso supporto per uscire dall’emergenza, ma la strada non è quella di ricorrere alla scienza solo appena si palesa l’emergenza. Le strutture scientifiche e di ricerca devono costituire una infrastruttura del Paese, indispensabile alla sua crescita e al benessere della collettività.

Anche ciò che abbiamo subito bollato come negativo, in fondo, ci è apparso dopo come un’opportunità.

La DAD pareva aver scontentato tutti: coloro che avrebbero potuto e voluto spingersi oltre hanno dovuto frenare l’entusiasmo iniziale, chi questo entusiasmo non l’aveva mai provato l’ha subita come un’anomalia del sistema. In realtà abbiamo appreso che non è pensabile tornare indietro, bisogna guardare avanti. Qualcosa è cambiato e potrebbe essere in meglio: maggiore libertà di organizzazione oraria, sperimentazioni nuove, possibilità di collegarsi con il tutto il mondo...

In generale, c’è una netta contrapposizione tra chi pensa che la DAD sia positiva al fine di favorire il progresso tecnologico a scuola e chi, invece, vi si oppone in quanto sembri appiattare il pensiero critico degli studenti.

Tuttavia, al di là di questi due stereotipi, è possibile evidenziare una serie di pregi e di difetti oggettivi. Tra i primi vi sarebbe senza dubbio l'utilizzo della tecnologia come:

- argomento di studio per acquisire competenze digitali;
- strumento per favorire l'apprendimento;
- mezzo per facilitare il lavoro dei docenti.

D'altra parte, però, non mancano alcuni aspetti negativi come ad esempio:

- la scarsa partecipazione degli studenti;
- un minore livello di collaborazione;
- l'obbligo per i docenti di utilizzare strumenti non scelti da loro.

Il bilancio è, quindi, positivo o negativo? Alla luce della presenza sempre più crescente all'interno delle nostre vite della tecnologia è bene imparare a guardarla da un punto di vista oggettivo. Né come causa di ogni problema e neppure come soluzione universale.

Senza la possibilità della didattica a distanza, l'anno scolastico, interrotto a febbraio, sarebbe stato irrimediabilmente perso solo un decennio fa. Oggi invece è possibile dare continuità all'apprendimento e salvare il percorso fatto. Non solo l'aspetto didattico sta proseguendo, ma anche quello formativo e educativo. È una generazione, quella degli studenti di adesso, che dovrà ripensare il futuro. Quindi la scuola sta assumendo un ruolo fondamentale nel trasmettere fiducia, coraggio, senso di responsabilità e solidarietà. Sono competenze collettive ormai acquisite, che potranno sempre tornare utili, in caso di emergenze (sanitarie o meno), di studenti costretti ad assentarsi per periodi prolungati, e che comunque offrono possibilità in più. Nella normalità poi il digitale a scuola va ancora usato: per capire le potenzialità dello strumento in tutti i campi (soprattutto nel mondo del lavoro in cui poi si dovrà entrare...).

### 3. Ed ora? Dare un senso al COVID

Dopo l'emergenza bisogna "dare un senso" a quello che è successo e imparare dall'esperienza. Far tesoro delle esperienze maturate durante il periodo di emergenza; esperienze laboriose, improvvise, a volte anche disastrose, ma pur sempre significative. Il mondo della scuola colpisce non solo per i dati visti all'inizio, ma anche per la estrema reattività che hanno avuto la maggior parte delle scuole in Italia. C'è stata voglia di fare delle cose per adattarsi a quella circostanza e questa è un'altra questione molto rilevante perché la pandemia è un banco di prova della vita, bisogna sempre adattarsi alle circostanze, speriamo non così drammatiche in futuro. Qui ho riportato alcuni brani di interviste che *Save the children* ha fatto in quel periodo in alcune scuole cercando di capire che cosa stavano cogliendo. Un ragazzo dice, pensando al dopo: «Fare più attività pratiche e laboratori (moda, sartoria, arte, scienze, musica, tecnologia), utilizzare di più la LIM e la tecnologia, leggere un sacco di storie, di libri e di albi illustrati, imparare divertendoci senza ansia e preoccupazioni per le interrogazioni: una scuola in cui» – ecco questo mi ha colpito molto – «i professori ci fanno capire che cosa succede nel mondo».

Questo, dal mio punto di vista, è determinante perché questo è uno dei ruoli fondamentali della scuola e dell'università che dovrebbero aiutare meglio a far capire cosa succede nel mondo perché tutto quello che succede nel mondo immediatamente mi interessa, intercetta le mie capacità e mi fa crescere. Quindi una scuola non autoreferenziale e non solo nozionistica ma "maestra" di vita.

## Il terzo settore nel sistema costituzionale italiano

SOMMARIO: 1. Valore e significato del “Codice del Terzo settore”. – 2. Lo statuto costituzionale del Terzo settore. – 3. Il disegno costituzionale tra recepimento e innovazione del sistema definito dallo Stato liberale. – 4. La definizione normativa di (ente del) Terzo settore. – 5. Segue: gli enti esclusi. – 6. La definizione di Terzo settore e la Costituzione.

**ABSTRACT: *The essay focuses on the value and meaning of the so-called "third sector code". In the first part, the importance of the third sector is reconstructed in the light of the Constitution. The second part examines the choices made by the legislator regarding the definition of the third sector.***

### 1. Valore e significato del “Codice del Terzo settore”

Con l’entrata in vigore del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 è stata segnata l’ulteriore e decisiva tappa di un’evoluzione che ha caratterizzato la disciplina normativa di alcuni segmenti di formazioni sociali, e che può essere fatta risalire perlomeno agli inizi della storia dello Stato unitario<sup>1</sup>. È infatti del 1862 la prima legge che regola le “Istituzioni di carità” ovvero le “Opere pie”, come denominate nella legge 3 agosto 1862, n. 753, che recepì, sostanzialmente, la legge piemontese 20 novembre 1859 (la c.d. Legge Rattazzi), e con cui furono disciplinati «gli istituti di carità e di beneficenza, e qualsiasi ente morale avente in tutto o in parte per fine il soccorrere alle classi meno agiate, tanto in istato di sanità che di malattia, di prestare loro assistenza, educarle, istruirle o avviarle a qualche professione, arte o mestiere». Fu questo l’inizio di un percorso di legislazione promozionale e di sostegno che si è sviluppato prima e soprattutto dopo l’avvento della Costituzione repubblicana<sup>2</sup>, e che ha visto privilegiare, nel complesso e variegato mondo dell’associazionismo, quelle organizzazioni istituzionalmente finalizzate ad apprestare soccorso alla popolazione, e in particolare ai soggetti maggiormente in difficoltà per condizioni economiche o personali.

Tale normativa ha avuto un particolare impulso sul finire del XX secolo, a partire dalle leggi sul volontariato e sulle cooperative sociali del 1991, per poi svilupparsi con il decreto legislativo del 1998 sulle Onlus e la legge sull’associazionismo di promozione sociale del 2000, fino alla normativa in materia di impresa sociale del 2006 ed altri provvedimenti minori: si è trattato, nel complesso, di interventi che hanno riguardato i profili organizzativi e funzionali di specifiche tipologie di enti collettivi.

Questi interventi legislativi sono stati successivamente considerati in una logica di sistema, quali componenti di una sorta di puzzle cui poter riconoscere un’identità comune: quella, appunto, di Terzo settore. Siffatto modo di procedere ha prodotto tuttavia alcuni inconvenienti, sia per alcuni contenuti contraddittori della stessa regolazione (tra una

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza della Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa.

<sup>1</sup> In tema v., *ex multis*, E. Rossi e S. Zamagni (curr.), *Il Terzo settore nell’Italia unita*, Bologna, 2011, ed ivi, in particolare, E. BRESSAN, *Percorsi del Terzo settore e dell’impegno sociale dall’Unità alla Prima guerra mondiale*, 21 ss.; P. ADDIS, E. A. FERIOLE e E. VIVALDI, *Il Terzo settore nella disciplina normativa italiana dall’Unità ad oggi*, 129 ss.

<sup>2</sup> Legislazione attentamente esaminata e correttamente inquadrata nell’ambito dei principi costituzionali da G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993; e da F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995.

tipologia di ente ed un'altra, in particolare)<sup>3</sup>, sia per la mancanza di una visione organica, a partire dall'aspetto definitorio di cosa debba intendersi per Terzo settore. Da qui l'esigenza di ripensare globalmente la disciplina in essere, in una logica di normazione coerente ed organica.

Un'esigenza, questa, che era stata sollecitata dagli stessi protagonisti, e di cui si era fatta carico anche l'Agenzia per le Onlus (successivamente denominata, non casualmente, Agenzia per il Terzo settore), che nel 2009 aveva elaborato e trasmesso al Governo un documento contenente "Proposte per una revisione organica della legislazione sul Terzo settore"<sup>4</sup>. A seguito della legge di delega 6 giugno 2017, n. 106 è stato emanato il richiamato decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 2017, contenente il "Codice del Terzo settore": termine forse eccessivo rispetto ai concreti risultati raggiunti, ma certamente indicativo della logica ispiratrice della riforma, finalizzata a ricondurre a una matrice unitaria un fenomeno sì articolato al proprio interno, ma anche dotato di una intrinseca omogeneità<sup>5</sup>.

## 2. Lo statuto costituzionale del Terzo settore

Per tentare di comprendere il senso costituzionale di tale operazione normativa occorre prendere le mosse dalla Costituzione, e rinvenire in essa le ragioni e gli interessi che giustificano un intervento di tipo promozionale da parte del legislatore nei confronti di una componente del fenomeno associativo, anche al fine di valutare se tale intervento sia coerente con i principi fondamentali e in particolare con quello d'eguaglianza (che opera, occorre ricordare, non soltanto nell'ambito delle relazioni inter-personali ma anche in quello dei rapporti tra formazioni sociali in generale)<sup>6</sup>.

A tal fine, ritengo che siano tre le coordinate di fondo da considerare: la forma di Stato sociale; il riconoscimento e la garanzia del pluralismo sociale; il principio di sussidiarietà.

---

<sup>3</sup> Di «groviglio di leggi speciali» parlava M. V. DE GIORGI, *Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro. Dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1/1999, 287 ss.; ora in *Id.*, *Enti del primo Libro e del terzo settore*, Pisa, 2021, 29 ss.

<sup>4</sup> AGENZIA PER LE ONLUS, *Proposte per una riforma organica della legislazione sul Terzo settore*, in *Areté*, 2009, suppl. n. 3.

<sup>5</sup> Per una prima analisi della riforma v. A. MAZZULLO, *Il nuovo codice del Terzo settore*, Torino, 2017; A. Fici (cur.), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018; M. Gorgoni (cur.), *Il Codice del Terzo settore*, Pisa, 2018; C. Contessa, D. Simeoli e I. Volpe (curr.), *Codice del Terzo settore commentato e annotato articolo per articolo*, Piacenza, 2019; A. Fici, E. Rossi, G. Sepio e P. Venturi (curr.), *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari, 2019; D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, Napoli, 2021; F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, Milano, 2021; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022. Sullo stato attuale dell'attuazione della normativa codicistica v. TerzJus (cur.), *Dal non profit al Terzo settore. Una riforma in cammino, Il Rapporto sullo stato e le prospettive de diritto del Terzo settore in Italia*, Napoli, 2022.

<sup>6</sup> Così già L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 210 ss., nonché A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983, 143; A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 8. Costante è anche l'applicazione di tale principio ad opera della giurisprudenza costituzionale, a partire dalla [sentenza n. 25 del 1966](#), che si esprime in termini espliciti: «L'eguaglianza, infatti, è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura: esso vieta, cioè, che la legge ponga in essere una disciplina che direttamente o indirettamente dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti ai quali queste vengano imputate».

Quanto alla prima<sup>7</sup>, non vi è bisogno di ricordare come la Costituzione del 1948, operando una significativa innovazione rispetto al modello liberale, abbia posto le premesse per un ordinamento in cui la tutela dei diritti sociali costituisce la caratterizzazione della «forma di stato sociale disegnata dalla Costituzione» ([Corte cost., sentenza n. 37 del 1991](#)). Detti diritti possono considerarsi da un lato come garanzia per la persona di vedersi tutelate alcune dimensioni della propria sfera personale e di vita (la salute, il lavoro, l'istruzione, e così via), nel rispetto e nella prospettiva di realizzazione piena della propria dignità; dall'altro, quali strumenti attraverso la cui tutela le istituzioni pubbliche attuano l'equa ripartizione delle risorse e degli oneri sociali, in funzione equilibratrice delle prevalenti disparità sociali<sup>8</sup>. Non solo, quindi, diritti dei soggetti deboli finalizzati all'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale, ma mezzi per garantire ad ogni persona la possibilità di sviluppare appieno la propria personalità.

La connessione tra riconoscimento dei diritti sociali e valorizzazione del pluralismo sociale discende dalla constatazione, presente già in Assemblea costituente, della natura aggregativa della persona in formazioni sociali ed alla sua connessa dimensione solidaristica: ragione per cui, come ha osservato Norberto Bobbio, tali diritti «definiscono delle pretese o esigenze da cui derivano legittime aspettative, che i cittadini hanno, non come individui singoli, ma come individui sociali, che vivono, e non possono non vivere, con gli altri individui»<sup>9</sup>. Per questa ragione, la *socialità* dello Stato si afferma non soltanto con riguardo alla natura dei diritti che devono essere garantiti dalla Repubblica, ma anche in relazione alla necessità che la loro tutela si realizzi in un contesto di relazioni sociali<sup>10</sup>. In altri termini, tali diritti sono *sociali* perché presuppongono una rete di relazioni sociali atte a garantirli.

Con specifico riguardo al principio di solidarietà, come noto sancito nello stesso art. 2 Cost., esso può intendersi come il dovere di agire per il soddisfacimento di diritti/interessi altrui, che può derivare o da una previsione normativa o da un moto volontario e spontaneo quale risposta ad un'istanza personale, e che riguarda sia le istituzioni pubbliche che i soggetti privati (singoli o associati). Che tale principio sia a fondamento dell'agire (anche) degli enti del Terzo settore è stato affermato da tempo dalla Corte costituzionale. Nella celebre [sentenza n. 75/1992](#), la Corte, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della legge quadro sul volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266), respinse la questione prospettata ritenendo che il volontariato «rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo», ed è «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa».

---

<sup>7</sup> Su cui v., da ultimo, C. GIORGI e I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, Bologna, 2021. In precedenza, A. VITTORIA, *Il Welfare oltre lo Stato. Profili di storia dello Stato sociale in Italia, tra istituzioni e democrazia*, II ed., Torino, 2015.

<sup>8</sup> In tal senso G. M. SALERNO, *Diritti sociali e principio di sussidiarietà: verso un nuovo modello di Stato sociale*, in G. Canavesi (cur.), *Dialoghi sul welfare*, Fondazione per la sussidiarietà, Milano, 2014, 79.

<sup>9</sup> N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona (cur.), *Cinquant'anni di repubblica italiana*, Torino, 1996, 116.

<sup>10</sup> Come affermava W. BEVERIDGE, *L'azione volontaria. L'iniziativa libera nello Stato sociale moderno*, Roma, 1954, «La formazione di una buona società dipende non dallo Stato, ma dai cittadini che agiscono individualmente o in libere associazioni. La felicità della società in cui viviamo dipende da noi stessi quali cittadini, non dallo strumento del potere politico che chiamiamo Stato. Lo Stato deve incoraggiare l'azione volontaria di ogni specie per il progresso sociale». Sulla relazione fra terzo settore e stato sociale in Italia v., da ultimo, D. CALDIROLA, *Il Terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, cit.

Ciò che la richiamata giurisprudenza costituzionale riferiva nel 1992 al volontariato, e che la quasi coeva [sentenza n. 202 del 1992](#) estendeva all'ambito della cooperazione sociale, deve essere riferito oggi a tutto il Terzo settore, secondo quanto affermato dalla [sentenza n. 131 del 2020](#) della Corte, nella quale si qualificano gli enti che in esso si riconoscono quali soggetti rappresentativi della "società solidale", come tali costituenti «sul territorio una rete capillare di vicinanza e solidarietà, sensibile in tempo reale alle esigenze che provengono dal tessuto sociale», tali da produrre «effetti positivi, sia in termini di risparmio di risorse che di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni erogate a favore della "società del bisogno"»<sup>11</sup>. Evidente risulta pertanto la connessione tra il principio di solidarietà e quello di uguaglianza sostanziale sancito nel secondo comma dell'art. 3 Cost., come affermato a più riprese dalla stessa Corte: per la [sentenza n. 72 del 2022](#), in particolare, il sistema del Terzo settore è radicato «in una dimensione che attiene ai principi fondamentali della nostra Costituzione, in quanto espressione di un pluralismo sociale rivolto a perseguire la solidarietà (...) e a concorrere all'eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione». Proprio la [sentenza n. 500 del 1993](#), richiamata dalla pronuncia appena indicata, aveva sottolineato come «questa moderna visione della dimensione della solidarietà, andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza, e superando l'ancoraggio ai doveri e agli obblighi normativamente imposti, costituisce (...) un modo per concorrere a realizzare quella eguaglianza sostanziale che consente lo sviluppo della personalità, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione».

La seconda coordinata di fondo del sistema che si intende analizzare, e che in parte è già emersa nelle considerazioni sin qui svolte, consiste nel riconoscimento e nella garanzia del pluralismo sociale<sup>12</sup>.

L'art. 2 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità», è stato costantemente letto, coerentemente con le risultanze del dibattito in Assemblea costituente, quale esigenza di riconoscimento del ruolo delle formazioni sociali per la realizzazione delle personalità individuali. Prospettiva ben definita fin dal celebre ordine del giorno Dossetti, nel quale fu sottolineata «la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato». È evidente, al riguardo, che la nozione di formazione sociale è assai più ampia e comprensiva rispetto a quella di ente del Terzo settore, e che quindi il principio costituzionale non giustifica di per sé una normativa promozionale per esso soltanto: ma altrettanto evidente è che la Costituzione impone di favorire ed incentivare quei soggetti collettivi che ispirano la propria azione alla promozione delle relazioni sociali.

---

<sup>11</sup> A commento di tale pronuncia v., tra gli altri, L. GORI, *Sentenza 131 del 2020: sta nascendo un diritto costituzionale del Terzo settore*, in [Impresa sociale](#), 27 giugno 2020; E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *le Regioni*, n. 5/2020, 1184 ss.; G. ARENA, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2020, 1449 ss.; M. GALDI, *Riflessioni in tema di Terzo settore e interesse generale. Osservazioni a C. cost. 26 giugno 2020, n. 131*, in [federalismi.it](#), n. 32/2020.

<sup>12</sup> Sia consentito rinviare, per una più piana riflessione sul punto, a E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e Terzo settore*, Modena, 2019.

Il principio in questione è arricchito, con specifico riguardo alle formazioni sociali a base volontaria, dal diritto di associazione riconosciuto e garantito dall'art. 18 Cost. Una previsione indubbiamente ispirata ad una logica garantista, attestata sia dall'indifferenza per il modello organizzativo prescelto come anche per le finalità che le singole associazioni intendono realizzare<sup>13</sup>: come affermato dalla Corte costituzionale, tale libertà costituisce «la proiezione, sul piano dell'azione collettiva, della libertà individuale come riconosciuta e tutelata dalla Costituzione stessa» ([sentenza n. 417 del 1993](#)). E tale libertà, come bene ha messo in luce alcuni anni fa Gladio Gemma, si esprime mediante una funzione di difesa (o "tribunizia") svolta dalle associazioni (al fine di proteggere interessi costituzionalmente rilevanti), ovvero mediante una funzione di gestione nell'erogazione di servizi in sostituzione o integrazione di amministrazioni pubbliche<sup>14</sup>. Ciò ha evidenti riflessi e implicazioni sulla disciplina giuridica (anche) degli enti del Terzo settore, che a tale modello organizzativo si ispirano per la realizzazione delle proprie specifiche finalità.

Che poi il costituente, all'interno dell'insieme delle formazioni sociali, abbia ritenuto degni di specifica meritevolezza gli enti senza scopo di lucro, e perciò istituzionalmente finalizzati alla produzione di risultati diversi da profitto economico, è testimoniato dalla specifica attenzione dedicata al sistema cooperativo. Come noto, infatti, l'art. 45 impegna la Repubblica a riconoscere «la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata», sì da configurare la cooperativa come un *tertium genus* tra società di persone e società di capitali e da attribuire ad essa «quella intrinseca funzione sociale che la rende meritevole di specifica considerazione in Costituzione»<sup>15</sup>.

Il terzo fondamento del riconoscimento costituzionale degli enti del Terzo settore è costituito dal principio di sussidiarietà, sancito già negli artt. 2 e 38 Cost., e successivamente (con la riforma costituzionale del 2001) riaffermato dall'art. 118, quarto comma, Cost.

Sebbene per alcuni il principio di sussidiarietà *orizzontale* sia stato introdotto in Costituzione soltanto con la riforma costituzionale del 2001, in verità esso era già affermato e sancito nel testo del 1948<sup>16</sup>. Emblematica è la disposizione contenuta nell'art. 38, quarto comma: «Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato», che per i padri costituenti voleva significare l'esclusione di un monopolio pubblico dell'assistenza e la volontà di lasciare spazio alle forme di intervento volontario della società organizzata<sup>17</sup>. Analogamente potrebbe dirsi, per quanto riguarda l'istruzione, con

---

<sup>13</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 190; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino 1987, 490 ss.

<sup>14</sup> G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni*, cit., 56 s.

<sup>15</sup> P. LOTITO e D. NARDELLA, *Commento all'art. 45*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 926.

<sup>16</sup> Come si legge nella [sentenza n. 185 del 2018](#), «Siffatte attività, con specifico riferimento al volontariato – prima ancora che venisse enunciato nella Costituzione il principio di sussidiarietà, ora inscritto nell'art. 118 Cost. – erano state già ricondotte da questa Corte all'ambito delle libertà sociali garantite dall'art. 2 Cost., in quanto poste in essere da soggetti privati che operano per scopi di utilità collettiva e di solidarietà sociale». In dottrina, da ultimo sul punto, A. I. ARENA, *Su alcuni aspetti dell'autonomia del Terzo settore. Controllo, promozione, modelli di relazione con il potere pubblico*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 35 ss. Sul concetto di libertà sociali e la sua relazione con il principio pluralistico, ripreso da ultimo nella [sentenza n. 72 del 2022](#), v. i rilievi di L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 93 ss.; ID., *L'organizzazione delle libertà sociali e la sua peculiare natura di controlimite*, in *Giur. cost.*, n. 2/2022, 270 ss.

<sup>17</sup> Sulla relazione tra art. 38 Cost. e Terzo settore v., per tutti, F. SANCHINI, *Profili costituzionali*, cit., 58 ss. Sulla distinzione, in esso operata e ribadita dalla Corte costituzionale, tra assistenza e previdenza v., da ultimo, G. CANAVESI, *Percorsi del welfare tra interesse pubblico e libertà. Un tentativo di lettura con l'occhio alla previdenza e all'assistenza sociale*, in Id. (cur.), *Dialoghi sul welfare*, cit., in part. 11 ss.

riferimento all'art. 33, terzo comma, Cost., ovvero al richiamato art. 45 con riguardo al ruolo sociale della cooperazione. Ma in più generale, è l'art. 2, in connessione con il riconoscimento della più ampia libertà di associazione, che pone su solide basi la realizzazione di un'effettiva sussidiarietà (anche) in relazione alla tutela dei diritti sociali.

Malgrado ciò, è evidente che il principio in questione abbia trovato ulteriore forza nel novellato art. 118, quarto comma, Cost., che impone a tutti gli enti costituenti la Repubblica di favorire la «autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati»: una previsione che consente ed impone una lettura indifferenziata dell'insieme dei soggetti potenzialmente coinvolti, anche più ampia di quella riferibile alle «formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost. Al di là di ciò, la disposizione in esame certamente riguarda il complesso e variegato mondo del Terzo settore: tanto è vero che la riforma del 2016/2017 è da alcuni considerata come la prima (e al momento anche unica) disciplina di attuazione di tale principio<sup>18</sup>. Così da indurre a ritenere, quale portato della giurisprudenza costituzionale che ha sancito tale collegamento ([sentenza n. 131 del 2020](#)), che il Codice debba essere ritenuto quale *legge costituzionalmente necessaria*<sup>19</sup>. In ogni caso, che nelle intenzioni del legislatore fosse ben presente il principio di sussidiarietà è deducibile sia dalle parole iniziali della legge 6 giugno 2016, n. 106 («Al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune»), che dal riferimento allo svolgimento di «attività di interesse generale» quale criterio per l'identificazione degli enti del Terzo settore, espressione che riprende testualmente il contenuto dell'art. 118, quarto comma, Cost. L'altro aspetto meritevole di considerazione del principio di sussidiarietà come previsto dalla disposizione costituzionale, e che qui mi limito ad accennare, riguarda i criteri mediante cui far emergere «l'autonoma iniziativa» dei cittadini affinché essa sia presa in considerazione e valorizzata dai soggetti pubblici: qui sta il nodo del rapporto tra pubblico e privato e la stessa concezione del principio di sussidiarietà finalizzata alla realizzazione del modello «amministrazione condivisa» cui si riferisce anche la richiamata [sentenza n. 131 del 2020](#)<sup>20</sup>.

Ciò che tuttavia possiamo sottolineare – ed al di là dei profili problematici appena segnalati – è la stretta connessione, nel disegno complessivo che deve ricavarsi dalla Costituzione, tra il modello di Stato sociale e l'attuazione del principio di sussidiarietà: un sistema di *welfare* in cui le risorse fornite dai soggetti privati (e, in generale, dall'azione volontaria dei privati) devono essere valorizzate stabilmente, e non solo nella *realizzazione* ma anche nella *programmazione* degli interventi assicurati dai servizi pubblici (almeno in quegli ambiti dove possono realizzarsi le attività di interesse generale individuati dal Codice del Terzo settore). Un modello, in altre parole, collaborativo e partecipato, capace di coinvolgere l'azione diffusa di cittadini, enti, imprese e organizzazioni del Terzo Settore, e finalizzato a favorire il benessere e la coesione sociale, anche attraverso la produzione di specifici servizi alla comunità, superando il tradizionale approccio alla cittadinanza esclusivamente come utenza passiva. Una concezione di *welfare* che pone l'accento sulle capacità e le risorse della comunità e che

---

<sup>18</sup> F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento: profili e questioni applicative*, in A. Fici (cur.), *La riforma del Terzo settore*, cit., 265. Sulla relazione tra il principio indicato e gli enti del Terzo settore v. anche G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del Terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo e F. Gaglioni (curr.), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Napoli, 2020, 25 ss.

<sup>19</sup> E. ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione*, cit., 1186.

<sup>20</sup> Le procedure da seguire per la realizzazione di attività di co-programmazione e co-progettazione sono state indicate nelle «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore» adottate con decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 72 del 31 marzo 2021. Sulle prospettive aperte in tale direzione dalla sentenza della Corte costituzionale del 2020 v. A. Fici, L. Gallo e F. Gaglioni (curr.), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, cit.

guarda ai cittadini come protagonisti con cui attivare processi collaborativi<sup>21</sup>. Come già rilevato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 396 del 1988](#), «per effetto della Costituzione, si è perciò già realizzata un’inversione di tendenza, nel senso del superamento del principio di pubblicizzazione generalizzata per realizzare quel sistema di “pluralismo delle istituzioni in relazione alla possibilità di pluralismo nelle istituzioni”, auspicato dalla già richiamata [sentenza n. 173 del 1981](#)».

### *3. Il disegno costituzionale tra recepimento e innovazione del sistema definito dallo Stato liberale*

Il “modello” costituzionale appena indicato, e che è arricchito da ulteriori riferimenti costituzionali che si potrebbero richiamare<sup>22</sup>, si caratterizza per un (almeno) duplice piano di intervento. Da un lato, esso ha recepito la realtà istituzionale e fattuale esistente fin dai tempi dello Stato liberale (per quanto almeno lasciato in essere dal regime fascista), ma d’altro canto ne ha profondamente innovato la connessione con le finalità proprie dell’ordinamento.

Il recepimento, in primo luogo, si è realizzato in relazione alla disciplina dello Stato liberale sugli enti “di carità”. Si è già ricordata la legge 3 agosto 1862, n. 753, poi modificata dalla legge Crispi del 17 luglio 1890 sulle “Istituzioni pubbliche di beneficenza”: due approcci diversi al fenomeno (la prima normativa più attenta al rispetto della natura privatistica degli enti, la seconda maggiormente orientata a realizzare forme di controllo pubblicistico<sup>23</sup>), ma accomunati dalla considerazione della vitalità della società civile organizzata e dalla volontà dello Stato di favorirne l’azione e lo sviluppo, pur nel rispetto di alcune esigenze di carattere generale.

La situazione normativa come definita dalle leggi liberali muta radicalmente con l’avvento del fascismo, e soprattutto con la realizzazione dell’ordinamento corporativo, che inaugura una stagione di aperta ostilità tra Stato e organizzazioni sociali: queste vengono private della loro natura e inquadrare in enti pubblici che ne snaturano l’essenza e il ruolo. Le Commissioni provinciali di assistenza e beneficenza, insieme al Consiglio superiore di assistenza e beneficenza, vennero soppressi già nel 1923, mentre nel 1937 si provvede alla soppressione delle Congregazioni di carità e alla loro sostituzione con gli enti comunali di assistenza. Per

---

<sup>21</sup> Sia consentito sul punto rinviare a A. ARCURI e E. ROSSI, *Saldare sicurezza e welfare: la cassetta degli attrezzi del Terzo settore*, in T. F. Giupponi e A. Arcuri (curr.), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, Bologna, 2022, 39 ss. Sugli strumenti di collaborazione tra amministrazioni pubbliche e Terzo settore v., fra gli altri, S. Pellizzari e A. Magliari (curr.), *Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Napoli, 2019. Con specifico riferimento all’ambito dei servizi sociali cfr. l’approfondito lavoro monografico di E. FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021.

<sup>22</sup> Così, ad esempio, si potrebbero richiamare l’art. 4 Cost. [come fa ad esempio A. MARI, *Il Terzo settore*, in P. Cendon (cur.), *I diritti della persona*, vol. I, Torino 2005, 123 ss.; ed anche, volendo, P. CONSORTI, L. GORI e E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, II ed., Bologna, 2021, 52 ss.]; oppure l’art. 41 [valorizzato ad esempio da G. TIBERI, *La dimensione costituzionale del Terzo settore*, in C. Cittadino (cur.), *Dove lo Stato non arriva. Pubblica amministrazione e Terzo settore*, Firenze, 2008, 41 ss.]; o ancora l’art. 9 Cost. (tra l’altro richiamato dall’art. 1 del Codice del terzo settore), mentre per gli enti religiosi dovrebbero richiamarsi gli articoli della Costituzione che ad essi sono riferiti (in particolare, art. 19 e 20). Tuttavia, si ritiene che la ricostruzione operata nel testo sia idonea a definire la fisionomia generale dello statuto costituzionale del Terzo settore, che le disposizioni appena richiamate consentono di arricchire ma non di mutare nella sostanza. In generale, per una ricostruzione attenta delle previsioni costituzionali che contribuiscono alla valutazione del Terzo settore, v. F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, cit., 41 ss.

<sup>23</sup> Cfr., tra gli altri, F. SANCHINI, *Profili costituzionali del Terzo settore*, cit., 20 ss.

quanto attiene, più in generale, al diritto di associazione, la legge di polizia sancì l'obbligo per ogni associazione di comunicare alla polizia l'atto costitutivo e ogni atto e nomina, pena il loro scioglimento; fu altresì previsto lo scioglimento di quelle associazioni che svolgessero «una attività contraria agli ordinamenti politici dello Stato», con possibile confisca dei beni sociali. A ciò si aggiungano i noti provvedimenti relativi alla libertà partitica e sindacale, ad indicare un atteggiamento complessivo dello Stato fascista ispirato a quella logica lapidariamente sintetizzata nella voce *Fascismo* dell'*Enciclopedia Treccani*: «Né individui fuori dello stato, né gruppi (partiti politici, associazioni, sindacati, classi)».

Ma l'avvento del regime costituzionale repubblicano non ha comportato un ritorno *sic et simpliciter* allo Stato liberale, mettendo in una sorta di parentesi storica quanto avvenuto in epoca fascista.

L'affermazione del principio dello Stato sociale, di cui si è detto, connesso al riconoscimento del pluralismo sociale e del principio di sussidiarietà, ha fatto sì che gli enti privati, ed in particolar modo quelli che erogano servizi e prestazioni, non fossero più soltanto *tollerati* dall'ordinamento (analogamente a quanto avviene per le confessioni religiose diverse dalla cattolica, come sancisce la legge sui culti "ammessi" ancora oggi vigente), quanto invece pienamente inseriti nel sistema di *welfare*, tanto che questo è venuto a modificare la propria denominazione proprio in ragione di siffatto mutamento di prospettiva: da *welfare statale* a *welfare municipale*<sup>24</sup>, fino ad essere definito come *welfare community* o *welfare mix*.

In tale prospettiva, la sussidiarietà (ancor prima che il suo principio) è alla base del modello di *welfare* universalistico che si è affermato nella vicenda storica di attuazione della Costituzione, andando tale attuazione anche al di là dei "programmi" definiti nello stesso testo costituzionale<sup>25</sup>. Si pensi, per fare un esempio, alle vicende attuative dell'art. 32 Cost.: il quale prevedeva la necessità di garantire cure gratuite soltanto agli "indigenti", mentre il legislatore ordinario ha realizzato un sistema sanitario nazionale improntato ad un modello di tipo universalistico (mediante la l. 23 dicembre 1978, n. 833). Analogamente si pensi al diritto all'"assistenza sociale", che pur riferito nel primo comma dell'art. 38 ai "cittadini", è stato inteso da garantire a ciascuna persona, indipendentemente dallo *status civitatis* posseduto<sup>26</sup>. Esempi che dimostrano come l'attuazione della Costituzione ad opera della legislazione ordinaria abbia favorito un allargamento e non una restrizione delle prospettive universalistiche nella tutela dei diritti sociali.

Questa rimodulazione del sistema di *welfare* ha comportato, come detto, anche l'acquisizione di uno spazio e di un ruolo nuovi per gli enti privati: una prospettiva, tuttavia, che si è realizzata non da subito.

In una prima fase, infatti, è prevalso un modello fondato sulla pervasività della mano pubblica nell'erogazione di prestazioni sociali, che connetteva «la tutela dei diritti sociali al rapporto obbligato con i soli pubblici poteri e con le prestazioni ed i servizi da essi esclusivamente organizzati»<sup>27</sup>, con una netta distinzione pertanto tra la cura dell'*interesse generale*, ritenuta conseguente alla responsabilità delle istituzioni pubbliche, e il

---

<sup>24</sup> E. A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003.

<sup>25</sup> Come ha rilevato, tra gli altri, A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano-Varese, 2015, 298.

<sup>26</sup> Come noto, la Corte ha ritenuto che «i diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» ([sentenza n. 105 del 2001](#)), e che «quando venga in gioco il riferimento al godimento dei diritti inviolabili dell'uomo (...), il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» ([sentenza n. 62 del 1994](#)).

<sup>27</sup> E. A. FERIOLI, *Diritti e servizi sociali*, cit., 52.

perseguimento di *interessi particolari* proprio degli enti privati. I quali risultavano relegati ad un ruolo di marginalità/complementarietà, potendo erogare o quelle prestazioni che la mano pubblica non riusciva a garantire integralmente o quei servizi che presentavano carattere di novità, sia in quanto risposte a bisogni *nuovi* sia in quanto risposte *nuove* a bisogni *vecchi* (vale a dire mediante interventi innovativi che le amministrazioni pubbliche non erano in grado di realizzare).

Questo contesto iniziò a mutare sul finire degli anni Settanta del secolo scorso, grazie soprattutto all'avvento delle regioni ed all'assunzione da parte di queste della competenza legislativa (ed amministrativa) in materia di assistenza sociale: come si è osservato, «è nella legislazione regionale che si è avuta la prima affermazione, sia pure allo stato ancora embrionale, del *welfare mix*»<sup>28</sup>. Tale processo si è esteso, nel corso degli anni, sia in termini quantitativi che qualitativi, per una serie di concause: da un lato, a seguito di situazioni di difficoltà economica degli enti pubblici cui ha fatto seguito una riduzione dei fondi pubblici destinati all'erogazione di servizi; d'altro canto, per una valutazione sulla qualità nell'erogazione dei servizi, ritenuta migliore allorché le prestazioni siano rese da soggetti privati operanti per spirito di solidarietà piuttosto che da amministrazioni pubbliche articolate in modelli organizzativi nei quali la dimensione relazionale e umana appare meno evidente e realizzata<sup>29</sup>.

A ciò si sono accompagnate motivazioni di carattere più complessivo, tendenti a riaffermare lo spazio a favore dell'autonoma iniziativa delle organizzazioni private a fronte del presunto eccessivo ruolo delle istituzioni pubbliche<sup>30</sup>, con conseguente riscoperta del principio di sussidiarietà fin dai suoi fondamenti religiosi<sup>31</sup>. Tale evoluzione complessiva ha portato non soltanto ad una rimodulazione del funzionamento delle amministrazioni pubbliche (meno "erogatrici" e più "coordinatrici"), ma anche ad interventi legislativi tesi a disciplinare alcuni "tipi" di formazioni sociali al fine di un loro coinvolgimento nel sistema di *welfare*<sup>32</sup>.

Un coinvolgimento che si è indirizzato soprattutto nei confronti di quegli enti privati che, pur agendo mediante una struttura di carattere privatistico, mirano al perseguimento di

---

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Più discutibile mi pare l'osservazione per cui i servizi offerti da soggetti privati sono di per sé più efficienti di quelli garantiti da strutture pubbliche: in tal senso G. VITTADINI e T. AGASISTI, *Caratteristiche del welfare sussidiario*, in L. Violini e G. Vittadini (curr.), *La sfida del cambiamento*, Milano, 2012, 130, con rilievi critici, sul punto specifico, di G. DI COSIMO, *Note sparse sul welfare sussidiario*, in G. Canavesi (cur.), *Dialoghi sul welfare*, cit., 152 ss.

<sup>30</sup> P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica* in A.A. Cervati, S. Panunzio e P. Ridola (curr.), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, spec. 198 ss.; A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica. (Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali)*, in *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 1103 ss.

<sup>31</sup> V. TONDI DELLA MURA, *Il "tempo" della sussidiarietà. Un'introduzione*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 4/2013; ID., *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle Linee guida dell'Anac al Codice del Terzo settore*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), n. 1/2018; F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. Pizzolato e P. Costa (curr.), *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Milano, 2013, 102 ss.

<sup>32</sup> Come rileva G. M. SALERNO, *Diritti sociali e principio di sussidiarietà*, cit., 87 s., il sistema pluralistico di erogazione delle prestazioni sociali configurato dalla Costituzione attribuisce al legislatore «non solo di garantire ai privati il diritto di svolgere tali attività di interesse generale, ma anche di assicurare, salvo le ragionevoli differenziazioni di trattamento, tendenziale parità di posizione e di condizioni tra i molteplici soggetti – pubblici e privati – che vi operano».

interessi che non possono qualificarsi come “privati”<sup>33</sup>. Gli enti che meglio esprimono e realizzano tale passaggio sono quelli che svolgono attività volontaria di servizio: da qui, non a caso, la prima legge sul Terzo settore è stata quella, come si è visto, sulle organizzazioni di volontariato, finalizzata alla promozione dell’apporto da queste prestatore alla cura dell’interesse generale e pertanto a favorirne la collaborazione con le pubbliche amministrazioni.

Quasi contemporaneamente, il legislatore intese valorizzare quelle organizzazioni lavorative finalizzate a svolgere una funzione sociale o mediante lo svolgimento di attività in determinati ambiti ovvero attraverso l’impiego di persone svantaggiate, ed organizzate sulla base di quel modello cooperativo già valorizzato, come si è visto, nell’art. 45 Cost.: da qui la legge sulle cooperative sociali.

Qualche anno dopo, un ulteriore intervento normativo ha inteso privilegiare, sul piano fiscale, quegli stessi enti, ma anche altri che presentassero elementi di meritevolezza analoghi alle organizzazioni di volontariato e alle cooperative sociali, anche in considerazione dell’apporto che siffatte organizzazioni venivano assicurando al sistema di *welfare*. Tutti questi enti vennero pertanto ricondotti ad una definizione unitaria (“Organizzazioni non lucrative di utilità sociale”), e furono destinatari di misure di favore di carattere fiscale.

Più tardi, il legislatore ha valorizzato quelle associazioni che benché non finalizzate direttamente o principalmente all’erogazione di servizi, hanno lo scopo di «svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi», e sono perciò definite «di promozione sociale».

L’ultimo passaggio di tale evoluzione normativa è stato costituito mediante il riconoscimento di un trattamento di favore e di sostegno per tutte quelle organizzazioni che, indipendentemente dalla loro natura di ente non profit, svolgono attività di utilità sociale: si è così avuta la disciplina delle imprese sociali, che possono essere costituite anche da società di capitali di cui al Libro V del Codice civile.

Possiamo dire che tale evoluzione, sommariamente indicata, ha prodotto una rimodulazione della prospettiva inizialmente seguita dall’ordinamento repubblicano (e in base al quale, come detto, il perseguimento dell’interesse generale era considerato di competenza e responsabilità dell’ente pubblico, mentre ai soggetti privati era consentito il perseguimento di interessi privati): quel settore di enti disciplinati dalle leggi indicate è stato chiamato “terzo”<sup>34</sup>, in quanto né pubblico né privato, e le attività da esso svolte sono considerate “di interesse generale”.

#### 4. La definizione normativa di (ente del) Terzo settore

In questo contesto complessivo si colloca dunque l’approvazione del Codice del Terzo settore, che muove – opportunamente – da una definizione del proprio ambito applicativo. E ciò ha un’importanza fondamentale, proprio alla luce dei principi costituzionali: perché attraverso la definizione normativa può apprezzarsi se la promozione che il Codice mira a realizzare per tali organizzazioni sociali rispetti o meno i canoni di ragionevolezza imposti al

---

<sup>33</sup> Si riferisce a uno «spazio protetto tra pubblico e privato» con riguardo agli enti del Terzo settore, M. V. DE GIORGI, *Autorità e libertà nella riforma del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, I, 63 ss.; ora in ID., *Enti del primo Libro e del terzo settore*, cit., 342 ss.

<sup>34</sup> Su tale espressione v., ora, il *pamphlet* di C. FIASCHI, *Terzo. Le energie delle rivoluzioni civili*, Corriere della sera, Milano, 2022. Meritano un’attenta considerazione anche le riflessioni sempre attuali di G. NERVO, *Terzo sistema o terzo settore?* Padova, 2009.

legislatore. Come infatti lucidamente affermato da Francesco Rigano nel suo lavoro sulla legislazione promozionale in materia di organizzazioni sociali, «La legislazione di attuazione e di sostegno della libertà di associazione deve anzitutto affrontare il problema di scegliere le finalità associative *di pregio* e dunque da valorizzare, con fatale sacrificio delle altre»<sup>35</sup>.

Dunque, la definizione di Terzo settore ha lo scopo (*recte*: dovrebbe avere lo scopo) di individuarne i confini ed - insieme - di definirne l'identità, anche rispetto alle altre formazioni sociali.

Tale definizione, che non era mai stata introdotta a livello legislativo, è stata ora prevista due volte: dalla legge di delega prima e dal decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 poi. La prima definizione, contenuta nell'art. 1, comma 1, della legge 6 giugno 2016, n. 106, è così concepita: il Terzo settore è «il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale, mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi».

Tale definizione è stata parzialmente modificata dal decreto delegato. Evito di considerare il tema della coerenza e conseguente compatibilità della definizione introdotta in quest'ultimo rispetto a quella della legge di delega (problema che potrebbe anche costituire un aspetto rilevante ai fini del rispetto dell'art. 76 Cost.), per soffermarmi piuttosto sul quanto definito dal Codice.

Il quale, con riguardo in primo luogo alla *dimensione soggettiva* degli enti riferiti al Terzo settore, stabilisce che sono tali «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società». Come può notarsi, nella prima parte è contenuto un elenco di valore esemplificativo, cui si aggiunge, nella seconda, un riferimento di carattere generale. Per quanto riguarda l'elenco, è evidente che esso riprende l'esperienza normativa sopra indicata: alcuni degli enti espressamente previsti sono già destinatari di una legislazione specifica (le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, le cooperative sociali, ecc.), mentre altri rivestono un carattere di novità, perlomeno con riguardo all'assenza di una legislazione specifica (gli enti filantropici, le reti associative, gli enti del Terzo settore atipici). Con riguardo invece alla previsione di carattere generale, essa è riferita ad organizzazioni che non presentano peculiarità proprie se non quella della forma giuridica prevista dal codice civile (associazioni, riconosciute e non riconosciute, e fondazioni): essa può essere assunta sia da realtà "di per sé" appartenenti al Terzo settore (ad esempio, le associazioni che assumono la qualifica di organizzazioni di volontariato o di associazioni di promozione sociale; le fondazioni che sono Onlus, e così via), sia da enti che potrebbero essere riconosciuti del Terzo settore in forza della sussistenza degli altri requisiti previsti dalla normativa, sia infine da associazioni e fondazioni che o per loro scelta o per l'assenza di altri requisiti non possono qualificarsi come enti del Terzo settore (sempre ad esempio, le associazioni o le fondazioni che non si iscrivano nel Registro unico nazionale, le fondazioni di origine bancaria, e così via). La dimensione che si è definita come soggettiva (e che è completata dalla previsione dell'assenza di scopo di lucro) non è tuttavia sufficiente a consentire l'acquisizione di ente del Terzo settore, in quanto essa deve essere accompagnata da altri requisiti. A ciò si aggiunga che, come si dirà, alcune tipologie di enti sono

---

<sup>35</sup> F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 20.

espressamente escluse, ad opera dello stesso decreto legislativo, dal novero dei destinatari della normativa.

Il secondo elemento della definizione mira a valorizzare *l'attività* che deve essere svolta dagli enti in questione, e può essere pertanto considerato come l'elemento *oggettivo*. Secondo il Codice, chi è parte (o intende far parte) del Terzo settore deve svolgere «una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi». L'espressione ha nello svolgimento di "attività di interesse generale" l'elemento qualificante, in ciò riprendendo, come già detto, il riferimento costituzionale dell'art. 118, quarto comma, Cost.: si può ritenere, al riguardo, che si è ente del Terzo settore se si svolgono attività che contribuiscono al "bene comune", mentre se ne è esclusi se le attività per cui l'ente è costituito mirano a realizzare un interesse "privato" o forse anche un interesse "collettivo", comunque ritenuto "di parte".

Il riferimento alle "attività di interesse generale", con riguardo a ciò che contraddistingue "cosa fa" (o "cosa deve fare") il Terzo settore, è al contempo nuovo e vecchio: è *nuovo* perché in termini espliciti non si ritrova in nessuna delle leggi "storiche"; è *vecchio* perché, oltre che essere contenuto come detto nella Costituzione, compare, con espressioni analoghe, in alcune delle leggi precedenti. In particolare, la legge sulle cooperative sociali (art. 1, legge 8 novembre 1991, n. 381) – quella forse più vicina alla definizione attuale – indicava le attività svolte da tali enti come quelle finalizzate a «perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini»; mentre la legge quadro sul volontariato (legge 11 agosto 1991, n. 266, art. 2) indicava «finalità di carattere sociale, civile e culturale individuate dallo Stato» e dagli altri enti pubblici. In diversa prospettiva, il decreto legislativo sulle Onlus (4 dicembre 1997, n. 460, art. 10) non qualificava, in termini generali, il tipo di attività che tali enti potevano svolgere, ma definiva un elenco di ambiti in cui dette attività avrebbero dovuto realizzarsi; tuttavia, nella qualifica stessa dell'ente, si faceva riferimento all'"utilità sociale". Espressione, quest'ultima, ripresa anche nella legge sulle associazioni di promozione sociale (legge 7 dicembre 2000, n. 383), individuate come quelle associazioni che svolgono – appunto – "attività di utilità sociale". Anche il decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, disciplinante l'impresa sociale, individuava quella svolta da essa come «attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di *utilità sociale*, diretta a realizzare finalità di *interesse generale*» (enfasi aggiunte).

Possiamo dunque ritenere che, sotto questo versante, la definizione offerta dal Codice non si discosti in modo significativo dai precedenti richiamati, sebbene sia da notare, in termini generali, una sovrapposizione tra finalità e attività.

Tuttavia, la definizione del Codice non si ferma ad individuare in termini generali le attività svolte, ma indica altresì le *modalità* mediante le quali dette attività potranno (o dovranno) essere svolte. Tale riferimento è così articolato nella definizione codicistica: azione volontaria; erogazione gratuita di denaro, beni o servizi; mutualità; produzione o scambio di beni o servizi<sup>36</sup>.

Rispetto alla definizione della legge delega, deve essere sottolineata l'esclusione del riferimento, accanto alla volontarietà, alla "gratuità" dell'azione posta in essere, mentre viene aggiunto il punto dell'erogazione gratuita di denaro, beni o servizi. Analizziamo distintamente queste due variazioni.

---

<sup>36</sup> Osserva giustamente L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 147, che «l'elencazione manifesta una sorta di irrilevanza, sul piano della definizione generale, delle modalità di svolgimento delle attività di interesse generale».

La prima, che sembra essere riferita alle organizzazioni di volontariato, potrebbe rispondere ad una logica di semplificazione del linguaggio: il volontariato è (*dovrebbe essere*) per sua natura gratuito, e di conseguenza l'ulteriore specificazione potrebbe ritenersi superflua<sup>37</sup>. Si potrebbe anche insinuare una diversa e specifica volontà di distinguere tra "volontariato" e "gratuità", quasi a far pensare che vi possa essere un'attività di volontariato "non gratuita" (sospetto che potrebbe trovare rafforzamento nell'assenza del riferimento alla gratuità anche nella disposizione specifica riferita alle organizzazioni di volontariato: art. 32 del Codice), magari con riguardo allo spinoso problema dei rimborsi spese: ma preferiamo pensare che l'esclusione del riferimento alla gratuità sia conseguente soltanto all'intento semplificatorio sopra indicato.

La seconda variazione è invece coerente con l'inserimento operato dal Codice, tra gli enti del Terzo settore, di quelli definiti come "enti filantropici" (non previsti invece dalla legge di delega), costituiti (ai sensi dell'art. 37) «al fine di erogare denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale».

In generale, sulle quattro modalità indicate, possiamo osservare come esse siano comprensive e riepilogative del complesso delle modalità con cui gli enti del Terzo settore si sono fatti carico, nell'esperienza che conosciamo, del perseguimento dell'interesse generale. Se si volesse essere più precisi, si dovrebbe osservare che esse si muovono su piani diversi ed in parte sovrapposti: nel senso – cioè – che la produzione di beni e servizi può realizzarsi anche attraverso l'azione volontaria, come dimostrano molte delle organizzazioni di volontariato esistenti ed operanti.

Quanto al terzo piano riguardato dalla definizione, la legge e il Codice non si limitano a prevedere "come" devono essere costituiti gli enti del Terzo settore né "cosa fanno", ma prevedono che le loro finalità sono (o devono essere?) «civiche, solidaristiche e di utilità sociale». Si tratta dunque di un elemento *finalistico*, che va ad aggiungersi a quelli *soggettivo* e *oggettivo* sopra indicati. Tale previsione coincide con quella della legge di delega: essa segna un'evoluzione (non necessariamente positiva) - e comunque un allargamento - delle analoghe previsioni contenute nelle leggi tradizionalmente considerate del Terzo settore, ove il perseguimento di fini di solidarietà era considerato quale elemento qualificante e addirittura *esclusivo* (art. 10, comma 1, lett. *b*) del d. lgs. 4 dicembre 1997, n. 460; art. 2, comma 1, legge 11 agosto 1991, n. 266)<sup>38</sup>. Si tratterà dunque di chiarire, attraverso la prassi applicativa, cosa debba intendersi con "finalità civiche" e con "finalità di utilità sociale": le prime potrebbero interpretarsi con riguardo all'obiettivo di favorire lo sviluppo di forme di cittadinanza attiva e di coinvolgimento/partecipazione alla vita sociale e pubblica, in probabile continuità con quanto previsto per le associazioni di promozione sociale dalla relativa legge istitutiva (art. 1 della legge 7 dicembre 2000, n. 383: «finalità di carattere sociale, civile, culturale e di ricerca etica e spirituale»). Per le seconde, invece, l'interpretazione è meno lineare, in quanto il riferimento all'"utilità sociale" è stato spesso utilizzato come termine analogo o sinonimo di "interesse generale". Verrebbe così da chiedersi – ad esempio – in che modo sia possibile

---

<sup>37</sup> In merito alle previsioni del Codice riferite al volontariato e al loro carattere innovativo rispetto alla legge del 1991 v. L. Gori e E. Rossi (curr.), *Ridefinire il volontariato*, Pisa, 2020. Con specifico riguardo al tema del volontariato individuale v. L. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell'applicazione diretta dell'art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018.

<sup>38</sup> Sullo scopo di solidarietà sociale quale elemento caratterizzante della legislazione sul Terzo settore cfr. P. CONSORTI, *Introduzione a Il Codice del Terzo settore*, II ed., Piacenza, 2007, 35 ss.; ID., *La nuova definizione giuridica di Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, al [sito](#) web del Centro di ricerca Maria Eletta Martini, 29 ss.

realizzare attività di interesse generale *senza* perseguire finalità di utilità sociale: detto in altri termini, se un ente svolge attività di interesse generale, non si può ritenere che esso persegua - per ciò stesso - un fine di utilità sociale? Se si considera la definizione con criteri giuridici rigorosi, si dovrebbe ipotizzare che se un ente persegue le attività indicate al fine di realizzare utilità sociale dovrebbe essere considerato ente del Terzo settore, mentre se lo fa con altre finalità (quali?) esso dovrebbe essere escluso.

Conclusione che risulta, anche a chi scrive, del tutto astratta e probabilmente non voluta dal legislatore: il che però induce alla conseguenza di ritenere *praticamente inutilizzabile* il riferimento alle finalità di utilità sociale per individuare l'appartenenza di un ente al Terzo settore e, conseguentemente, di escludere l'utilizzabilità a scopi selettivi del riferimento alle finalità di utilità sociale. Coerentemente con tale conclusione, in dottrina si è rilevato che le finalità in questione mirano ad indicare il *modo di essere* degli enti del Terzo settore allorché essi presentino tutti gli altri requisiti previsti dalla legge, e non costituiscono quindi un ulteriore requisito che deve essere posseduto dagli enti<sup>39</sup>.

Tale conclusione trova conferma da una considerazione di ordine sistematico. Se infatti per lo svolgimento di attività di interesse generale la verifica del loro perseguimento da parte dell'ente può condursi mediante il riscontro della previsione statutaria di una delle attività indicate nel Codice (così che indicando una di dette attività si opera una presunzione giuridica che essa sia "di interesse generale"), ciò non avviene per le finalità indicate, per le quali non è previsto alcun criterio di rilevazione "oggettiva", ma il cui perseguimento è dichiarato dall'ente stesso (nell'atto costitutivo e/o nello statuto) e verificato al momento della iscrizione nel Registro unico nazionale (nonché, successivamente, e limitatamente agli enti che hanno istituito un organo di controllo, ad opera di tale organo). Si può facilmente comprendere, al riguardo, che mentre risulta possibile escludere un ente in quanto si propone di svolgere un'attività diversa rispetto a quelle indicate, assai problematico è riuscire a dimostrare che un ente svolga un'attività di interesse generale ma senza una finalità civica, solidaristica o di utilità sociale. E ciò a prescindere dagli strumenti di verifica effettiva che possono utilizzare le amministrazioni pubbliche cui è richiesto lo svolgimento di un'attività di controllo. Ne deriva, quale logica conseguenza, che il perseguimento di tali finalità costituisce una sorta di auto-dichiarazione che l'ente deve fare nel proprio statuto, senza che su di essa sia possibile alcuna verifica reale (salvo casi particolari che possono formare oggetto di procedimenti giudiziari).

La soluzione prospettata al tema delle finalità indicate dal Codice aiuta a superare un ulteriore interrogativo che potrebbe porsi, ovvero se le tre finalità indicate debbano considerarsi necessarie nella loro globalità ovvero se possa risultare sufficiente il perseguimento di una sola di esse. Se si attribuisce al riferimento in questione soltanto un valore descrittivo e non prescrittivo il problema non si pone.

L'ulteriore elemento richiesto dal Codice per l'assunzione della qualifica di ente del Terzo settore è costituito dalla avvenuta iscrizione nel Registro unico nazionale del terzo settore<sup>40</sup>,

---

<sup>39</sup> A. FICI, *Profili e principi generali della riforma del Terzo settore*, in A. Fici, E. Rossi, G. Sepio e P. Venturi (curr.), *Dalla parte del Terzo settore*, cit., 38; L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 63 ss.

<sup>40</sup> Su cui v. E. VIVALDI, *Il Registro unico del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, 145 ss.; ID., *Il Registro nazionale del Terzo settore*, in *Non profit paper*, n. 3/2014, 171 ss. Alla disciplina legislativa sul Registro unico è stata data attuazione in via amministrativa mediante il D.M. 15 settembre 2020, n. 106, su cui v., diffusamente, A. Fici e N. Riccardelli (curr.), *Il Registro unico nazionale del Terzo settore*, Napoli, 2021. Con l'emanazione del decreto 26 ottobre 2021, n. 561 è stato reso possibile l'avvio dell'operatività del Registro, avvenuto il 23 novembre 2021.

che costituisce pertanto un requisito obbligatorio per il conseguimento della qualifica<sup>41</sup>. L'iscrizione ha quindi efficacia costitutiva e produce rilevanti effetti di pubblicità-notizia e di pubblicità dichiarativa, tant'è che l'art. 11, comma 1, del Codice impone agli enti in questione di indicare in ogni loro comunicazione al pubblico gli estremi di tale iscrizione.

Pertanto, l'iscrizione al Registro in questione rende conoscibili gli atti e i fatti di cui è prevista l'annotazione o il deposito, in quanto le informazioni riportate in esso hanno un'efficacia costitutiva, dichiarativa e notiziale<sup>42</sup>; gli atti per i quali è previsto l'obbligo di iscrizione, annotazione o deposito sono opponibili ai terzi soltanto dopo la relativa pubblicazione nel Registro stesso, a meno che l'ente non provi che i terzi ne erano comunque a conoscenza. Ciò che preme sottolineare in questa sede, anche al fine di valutare la complessiva compatibilità costituzionale dell'impianto complessivo, è che l'iscrizione, in quanto elemento essenziale della qualifica, costituisce un criterio di differenziazione giuridica tra chi è qualificato come ente del Terzo settore e chi no: in altri termini, un ente che soddisfi tutti i criteri che si sono indicati ma che rifiuti l'iscrizione al Registro non verrà considerato ente del Terzo settore, e sarà pertanto differentemente regolato rispetto a quelli iscritti. Ciò risulta non irragionevole, e quindi non discriminatorio, in quanto l'iscrizione produce una serie di effetti giuridici (in primo luogo quelli indicati di pubblicità, ma anche di trasparenza<sup>43</sup>, di previsione di poteri di controllo, e così via), che rendono pertanto gli enti che si iscrivono oggettivamente meritevoli di un trattamento differenziato.

#### 5. segue: gli enti esclusi

Oltre ai criteri in positivo indicati, il Codice (e già prima la legge delega) contiene anche dei criteri di esclusione: l'art. 1, comma 2, precisa infatti che *non sono enti del Terzo settore*:

- a) le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d. leg. n. 165/2001 (sostanzialmente tutte le amministrazioni pubbliche);
- b) le formazioni e le associazioni politiche;
- c) i sindacati;
- d) le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche;
- e) le associazioni dei datori di lavoro;
- f) gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile.

Tale elenco è parzialmente diverso da quello contenuto nella legge delega: rispetto a quello sono stati infatti aggiunte le previsioni di cui alle lettere *a)*, *e)* ed *f)*.

Non merita in questa sede soffermarsi sulle singole tipologie di enti esclusi, e sulle connesse difficoltà nell'individuare con precisione i confini che delimitano le fattispecie individuate. Su quest'ultimo aspetto, si pensi, ad esempio, alla problematicità di definire le "formazioni o

---

<sup>41</sup> Ciò non esclude, ovviamente, che un ente non iscritto possa continuare ad operare, nel rispetto del codice civile e delle altre norme che possano riguardarlo: ma la mancata iscrizione comporterà che tale ente non possa qualificarsi come del Terzo settore. Pertanto, si ribadisce che in tal senso l'iscrizione al Registro unico per *un ente del Terzo settore* è requisito obbligatorio (diversamente: A.I. ARENA, *Su alcuni aspetti dell'autonomia del Terzo settore*, cit., 45 ss.).

<sup>42</sup> F. BOSETTI, *Il Registro unico nazionale del Terzo settore*, in M. Gorgoni (cur.), *Il Codice del Terzo settore*, cit., 319.

<sup>43</sup> Obblighi di trasparenza che appaiono in molti casi anche eccessivamente penetranti, e talvolta difficilmente conciliabili con l'organizzazione e le modalità operative degli enti in questione: cfr. su questi aspetti L. Gori e G. SENSI (curr.), *La trasparenza per gli enti di terzo settore*, Pisa, 2022.

associazioni politiche”, e di come esse possano essere distinte dal novero generale delle associazioni di promozione sociale: la distinzione tra ciò che è “civico” e ciò che è “politico” è, come noto ed evidente, assai sottile e perigliosa.

Ma al di là di ciò, conviene qui affrontare un aspetto connesso ai profili di costituzionalità di cui ci stiamo occupando, ovvero la ragionevolezza di criteri di esclusione di enti che potenzialmente presenterebbero tutti i requisiti propri di un ente del Terzo settore. Giacché il senso della previsione sta proprio nel rilievo che quelle tipologie di enti esclusi hanno, o potrebbero avere, i requisiti per essere parte della categoria: altrimenti, la loro esclusione non avrebbe un senso logico. Considerazione che sembra teoricamente fondata, ma che alla luce dell’elenco può presentare qualche incertezza: se, ad esempio, nella definizione si stabilisce che per essere ente del Terzo settore occorre che un ente sia *privato*, che senso ha prevedere l’esclusione delle *amministrazioni pubbliche*<sup>44</sup>?

Questa osservazione, peraltro, non vale per gli altri enti dell’elenco, per i quali può effettivamente rinvenirsi un senso all’esplicita previsione, in quanto essi potrebbero possedere tutti i requisiti richiesti per l’iscrizione. Così, ad esempio, le formazioni politiche o i sindacati: nessun dubbio che essi siano enti privati senza scopo di lucro, né che svolgano un’attività di interesse generale, e che siano istituiti per finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale. Essi, quindi, avrebbero i requisiti per l’iscrizione, ma questa non è possibile in quanto espressamente esclusa. Il che pone, pertanto, un problema di ragionevolezza: è ragionevole la previsione legislativa che, in presenza di tutti i requisiti stabiliti dalla norma generale, esclude alcuni enti dalla possibilità di essere ricondotti all’interno della categoria? Per rispondere a questa domanda, occorre individuare la ragione della esclusione, e comprendere se questa sia espressione di un interesse meritevole e tale da giustificare una deroga all’applicazione del principio di eguaglianza.

Mi pare che la giustificazione dell’esclusione non sia uguale per tutte le fattispecie individuate dalla norma, ma che essa sia diversa in relazione alle varie tipologie. Tenderei in primo luogo a non considerare, in tale contesto, la prima categoria individuata, ovvero quella costituita dalle amministrazioni pubbliche, per la quale la ragione risiede in quanto già accennato: un ente del Terzo settore è un ente privato, come tale espressione del pluralismo sociale che è concetto diverso dal pluralismo istituzionale. Anche a livello costituzionale si è detto che gli enti del Terzo settore hanno fondamento nell’art. 2 Cost.<sup>45</sup> e nell’art. 118, quarto comma, Cost., la cui regolazione rientra pertanto nella materia – di competenza statale dell’*ordinamento civile* (come ha riconosciuto la Corte costituzionale nella [sentenza n. 185 del 2018](#)), mentre le amministrazioni pubbliche, almeno a livello territoriale, sono garantite dall’art. 5 Cost. Quindi l’esclusione di queste ultime dal novero degli enti del Terzo settore, ancorché probabilmente frutto di una ridondanza normativa, è senz’altra giustificata e facilmente dimostrabile. Il che non esclude, tuttavia, possibili (e consistenti) problemi in sede applicativa in relazione a quegli enti “partecipati” tra pubblico e privato che non sono facilmente ascrivibili né all’ambito privato né a quello pubblico<sup>46</sup>. Ma di ciò ci si dovrà occupare in sede applicativa.

---

<sup>44</sup> In tal senso anche D. CALDIROLA, *Il Terzo settore*, cit., 88, la quale ritiene «quasi ridondante la puntualizzazione».

<sup>45</sup> Sebbene tra le formazioni sociali sia possibile, anche secondo autorevole dottrina, farmi rientrare gli enti pubblici, tuttavia è indubbio che la previsione costituzionale sia principalmente riferita ai soggetti privati, espressione della libertà associativa (in senso ampio) riconosciuta ai singoli individui.

<sup>46</sup> Con riguardo a tali soggetti, nella vigenza del decreto legislativo n. 460/1997 (ma alcuni aspetti rimangono ancora oggi), sia consentito rinviare a E. Rossi, *I soggetti esclusi dall’ambito ONLUS, con particolare riguardo alle*

Più complesso è il caso delle “formazioni e associazioni politiche”. Come si è detto, la ragione della loro esclusione non può essere dedotta dal fatto che esse non svolgono attività di interesse generale (la politica è, quasi per definizione, tale), quanto piuttosto – forse – dalla loro possibile contiguità con i partiti politici, e per evitare il rischio che siffatte organizzazioni possano alterare la *par condicio* che deve essere garantita nella competizione politica<sup>47</sup>. Se così fosse, al fondo di siffatta esclusione sta la mancata definizione normativa di “partito politico”: ragione che ha portato in altre circostanze il legislatore a riferirsi, quando ha inteso dettare una disciplina ad essi relativa, ad espressioni generali quali “gruppi politici”, “movimenti politici”, e così via<sup>48</sup> (anche considerando che alcuni degli stessi partiti rappresentati in Parlamento rifiutano tale denominazione e preferiscono utilizzarne altre, quali movimento, associazione, gruppo, etc.). Il che ha forse indotto il legislatore del Codice a usare una formula ampia che impedisse a tutti i partiti politici, indipendentemente dalla loro denominazione “ufficiale” o riportata nello statuto, a escluderli dal novero degli enti del Terzo settore<sup>49</sup>, e ad evitare altresì che organizzazioni comunque collegate ai partiti potessero rientrarvi. Se questa è pertanto la *ratio* dell’esclusione, si può osservare che essa ha una sua ragionevolezza, che pare intuitivamente evidente: sebbene ciò possa produrre come conseguenza di escludere anche enti che intendano svolgere un’attività politica senza l’obiettivo di partecipare a competizioni elettorali o assumere ruoli istituzionali (si pensi ad esempio a associazioni di cultura politica o scuole di formazione politica, e così via). L’incertezza della situazione che in tal modo si viene a produrre è testimoniata dall’inclusione, tra le attività di interesse generale che possono essere svolte da enti del Terzo settore, della «promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata» nonché della «promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e *politici*»: attività che potrebbero anche giustificare la qualifica delle organizzazioni che se ne occupano quali “formazioni politiche”.

Meno problematiche sembrano essere le altre fattispecie di enti esclusi, ovvero i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche e le associazioni dei datori di lavoro, che possono essere accomunate dalla considerazione della loro inerenza all’ambito della materia del diritto del lavoro e in particolare delle relazioni tra le categorie produttive, cui la Costituzione riconosce specifico rilievo e che pertanto svolgono una funzione diversa da quella riconosciuta al Terzo settore. Sebbene dunque anche per essi non si possa escludere la natura di interesse generale dell’attività svolta (nonché della qualifica di enti non profit e del generale perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale), la ragione dell’esclusione pare supportata da una ragione che impedisce di ritenere violato il margine di discrezionalità riservato al legislatore.

---

*fondazioni partecipate da enti pubblici*, in *Rivista Aretè*, 2008, 70 ss. Dopo la riforma, v. P. CONSORTI, L. GORI e E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, cit., 246 ss.

<sup>47</sup> Così anche L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 116 ss.

<sup>48</sup> Così, ad esempio, la legge 6 luglio 2012 n. 96 introduce “Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici”; la disciplina delle elezioni al Parlamento nazionale (d.P.R. 30 marzo 1957 n. 361 per la Camera dei deputati; legge 20 dicembre 1993 n. 533 per il Senato), fa riferimento ai “partiti o gruppi politici organizzati”. In altri casi, ancora, la legge si riferisce (genericamente) ai “soggetti politici” (così fa, ad esempio, la legge 22 febbraio 2000, n. 80 in materia di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica), consentendo quindi l’applicazione sia ai partiti che ad altre forme di aggregazione politica. Sul tema sia consentito rinviare a E. Rossi, *Circa la necessità di una definizione in via legislativa del partito politico*, in *SpazioFilosofico*, 2013.

<sup>49</sup> Diversamente, invece, E. QUADRI, *Il Terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 713, per il quale il motivo dell’esclusione va ricercato nella volontà di preservare un’«area di marcata immunità» storicamente riservata a tali soggetti.

Quanto, infine, all'ultima categoria individuata dalla disposizione codicistica («gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti, ad esclusione dei soggetti operanti nel settore della protezione civile») si può osservare, quanto alla prima parte, che essa sia conseguente alle esclusioni che precedono, e finalizzata ad evitare forme di elusione mediante la costituzione di enti “dipendenti” ma di fatto controllati da quelli esclusi. Se la *ratio* è chiara, ed anche condivisibile, non facilmente applicabili risultano i criteri in base ai quali può verificarsi la relazione giuridica a fondamento dell'esclusione: criteri che, come è stato giustamente osservato, sono mutuati da istituti tipici del diritto commerciale ma non adeguati alla situazione di enti non costituiti in forma societaria<sup>50</sup>.

Quanto invece all'eccezione prevista, essa è evidentemente finalizzata a non escludere dal Terzo settore tutti quegli enti che operano nell'ambito della protezione civile, e che in base alla normativa in materia (decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, Codice della Protezione Civile) costituiscono strutture operative del servizio nazionale e come tali sono sottoposte al coordinamento delle istituzioni pubbliche.

Vi è infine da sottolineare come nel Codice venga data attuazione ad una disposizione contenuta nella legge di delega, e in questa formulata peraltro in termini piuttosto ambigui sul piano logico-concettuale: «Alle fondazioni bancarie, in quanto enti che concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge, non si applicano le disposizioni contenute in essa e nei relativi decreti attuativi». Una formulazione dalla quale sembrava doversi evincere l'esclusione delle fondazioni bancarie dall'ambito del Terzo settore, malgrado che tali enti non fossero inseriti nell'elenco degli enti espressamente esclusi. A ciò doveva aggiungersi l'evidente non-senso dell'espressione «in quanto», che avrebbe dovuto indurre ad una soluzione opposta (se tali enti «concorrono al perseguimento delle finalità della presente legge», perché escluderli?). Tale problema interpretativo, posto dalla formulazione contenuta nella legge di delega, è stato corretto dall'art. 3, comma 3, del Codice, il quale stabilisce che «Salvo quanto previsto dal Capo II del Titolo VIII, le disposizioni del presente Codice non si applicano agli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153» (cioè agli enti «che hanno effettuato il conferimento dell'azienda bancaria ai sensi del decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356»). Dunque, da un lato il Codice chiarisce che di esclusione si tratta (e perciò che le fondazioni bancarie non possono essere considerate enti del Terzo settore), e dall'altro che ad esse si applicano soltanto quelle disposizioni che regolano i Centri di servizio per il volontariato ed i relativi organismi di controllo.

Circa dunque l'esclusione in questione, essa sembra giustificata dallo specifico ruolo riconosciuto a tali enti quali “finanziatori” delle attività degli enti del Terzo settore ed in particolare dei Centri di servizio (*ex art. 62 del Codice*): e ciò, più che per evitare commistioni che altrimenti avrebbero riguardato anche altre situazioni, al contrario consentite o addirittura imposte (i Centri di servizio, che sono finalizzati a svolgere attività di supporto, devono essere costituiti come enti del Terzo settore; mentre gli enti filantropici, al pari delle fondazioni di origine bancaria, sono fondazioni finalizzate ad erogare denaro, beni o servizi, a sostegno di attività di interesse generale<sup>51</sup>), sembra rispondere all'esigenza di mantenere per le fondazioni ex bancarie una disciplina specifica (dettata dal decreto legislativo 17 maggio

---

<sup>50</sup> L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, cit., 125.

<sup>51</sup> Ritiene che le fondazioni in questione sarebbero potute appartenere alla categoria degli enti filantropici A. FICI, *La riforma del Terzo settore e le fondazioni di origine bancaria*, in FONDAZIONI DI ORIGINE BANCARIA, *XXIII Rapporto annuale. Anno 2017*, Roma, 2018, 347.

1999, n. 153)<sup>52</sup>. In ogni caso si tratta di un'esclusione che non ha motivazioni certe e che ha raccolto in dottrina alcune fondate perplessità<sup>53</sup>.

In conclusione, di questa parte, può dunque ritenersi che, pur con alcuni problemi specifici che si sono segnalati, le esclusioni espressamente previste dal Codice rispondono a finalità logiche meritevoli di apprezzamento, e che comunque sembrano rientrare nel margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore, sì da far ritenere non violato il canone di ragionevolezza sulla cui base devono essere valutate le scelte del legislatore.

## 6. La definizione di Terzo settore e la Costituzione

Possiamo a questo punto affrontare la domanda principale che riguarda, sul piano costituzionale, la definizione di Terzo settore, ovvero la sua idoneità a giustificare il trattamento di favore che la legislazione (promozionale) assicura ad essi, al fine di valutare se siano rispettati i confini della ragionevolezza entro i quali il legislatore deve mantenersi per non produrre disparità di trattamento vietate dall'art. 3 Cost. In altri termini, gli enti così definiti giustificano un trattamento più favorevole rispetto agli altri enti?

Se infatti scopo del Codice, e in particolare della definizione in esso contenuta di ente del Terzo settore, è di enucleare «nell'indifferenziata ed ampia area delle formazioni sociali, un sottoinsieme di enti che presentano caratteristiche omogenee di meritevolezza quanto a finalità perseguite, ambito di attività e modalità di svolgimento, tutti aspetti da commisurare rispetto ai principi ed ai valori costituzionali»<sup>54</sup>, occorre valutare se la definizione offerta sia capace di circoscrivere correttamente tale sottoinsieme: sia con riguardo a chi ne fa parte, sia con riguardo a chi ne è escluso.

Per rispondere a tale interrogativo, possiamo in primo luogo rilevare che i vari criteri indicati dal Codice esprimono senza dubbio interessi costituzionalmente rilevanti, come anche riconosciuto dalla Corte costituzionale. Tuttavia, ciò non è sufficiente, in quanto occorre altresì verificare che essi siano tali da assicurare che soltanto gli enti così individuati siano meritevoli di un trattamento favorevole, e che al contempo essi non inducano ad escludere enti aventi caratteristiche di meritevolezza analoghe: se così fosse, infatti, si tratterebbe di una discriminazione costituzionalmente irragionevole.

Il riscontro del secondo punto indicato è sicuramente meno agevole, ma trova una chiara indicazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale. La [sentenza n. 131 del 2020](#), nell'esaminare la previsione codicistica relativa alla co-programmazione e co-progettazione (art. 55), afferma che tale modello di condivisione della funzione pubblica è «riservato in via esclusiva agli enti che rientrano nel perimetro definito dall'art. 4 CTS», mentre «agli enti che fuoriescono da tale perimetro legale non possono essere riferibili le medesime forme di coinvolgimento previste dall'art. 55 CTS»: e ciò in quanto gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici dotati di caratteri specifici (art. 4), rivolti a «perseguire il bene comune» (art. 1), a svolgere «attività di interesse generale» (art. 5), senza perseguire finalità lucrative soggettive (art. 8), sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art.

---

<sup>52</sup> Per D. CALDIROLA, *Il Terzo settore*, cit., 89, la ragione dell'esclusione delle fondazioni di origine bancaria dal novero degli enti del terzo settore deve essere ricercata piuttosto nella sussistenza in esse di una posizione di controllo nei confronti delle società bancarie.

<sup>53</sup> Cfr., ad esempio, G. PONZANELLI, *Premessa. La nuova categoria degli enti del Terzo settore: alcune considerazioni introduttive*, in M. Gorgoni (cur.), *Il Codice del Terzo settore*, cit., 4.

<sup>54</sup> L. GORI, *Il sistema delle fonti del diritto nel terzo settore*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2018, 8.

11) e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97). Requisiti, questi, che sono idonei – per la Corte – ad assicurare «la rigorosa garanzia della comunanza di interessi da perseguire (con la pubblica amministrazione, *ndr*) e quindi la effettiva “terzietà” (verificata e assicurata attraverso specifici requisiti giuridici e relativi sistemi di controllo) rispetto al mercato e alle finalità di profitto che lo caratterizzano».

Dunque, secondo la Corte, i criteri dettati dal Codice sono adeguati e sufficienti: sia ad includere tutti coloro che meritano di ricevere una disciplina promozionale, che ad escludere quanti devono essere esclusi. Si tratta di una conclusione che può essere condivisa, a condizione che l’applicazione in sede amministrativa delle previsioni normative sia rigorosa e ispirata ad una logica di verifica puntuale: e non tanto delle prescrizioni di carattere burocratico-amministrativo, quanto soprattutto dei criteri che consentono di “premiare” gli enti del Terzo settore rispetto agli altri.

La rilevanza costituzionale della richiamata categoria impone infatti di monitorare, valutare, controllare e verificare l’azione di tali enti, e richiede altresì la massima attenzione nel mantenere un livello qualitativo adeguato delle sue singole componenti. Si tratta di una responsabilità che garantendo coerenza tra dettato normativo e prassi applicativa risulta funzionale alla stessa giustificazione costituzionale: essa è rimessa alla pubblica amministrazione, in particolare a quella parte di essa che sovrintende alla tenuta del Registro unico nazionale. Occorre dire, a tale riguardo, che, almeno sul piano normativo, questa funzione non sembra adeguatamente sostenuta: la disciplina dei controlli introdotta dal Codice appare del tutto inadeguata, sia in quanto disarticolata e frammentata fra una serie di soggetti non coordinati tra loro, sia perché vincolata dal divieto di maggiori spese (l’art. 7, comma 5, della legge 6 giugno 2016, n. 106 prevede infatti che tutta l’attività relativa alle funzioni di controllo deve essere svolta «nell’ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»).

Rimanendo comunque sul piano definitorio, possiamo ritenere che la conclusione cui giunge la Corte costituzionale sia complessivamente da condividere: la definizione offerta dal Codice può considerarsi, nell’insieme, idonea a definire la meritevolezza costituzionale della categoria ivi prevista<sup>55</sup>.

Sul piano dell’omogeneità costituzionale della categoria occorre tuttavia svolgere un’ultima considerazione. L’unitarietà della qualifica di ente del Terzo settore, con il riferimento ad essa delle misure promozionali stabilite dalla normativa, dovrebbe indurre ad evitare differenziazioni interne alla categoria: ma – d’altro canto – una differenziazione di trattamento può essere giustificata e talvolta anche imposta dal prevalere di altri interessi meritevoli di tutela. Anche su questi profili si è dovuta confrontare la giurisprudenza costituzionale, che in alcuni casi ha valorizzato le ragioni dell’omogeneità. Così, in una circostanza la Corte ha censurato la scelta del legislatore regionale di limitare ad alcune categorie soltanto di enti del Terzo settore la legittimazione a stipulare accordi con la pubblica amministrazione ([sentenza n. 277 del 2019](#)); in altra ha messo in dubbio la possibilità di limitare l’istituto convenzionale per il servizio di emergenza e urgenza, previsto dall’art. 57 del Codice, soltanto alle organizzazioni di volontariato ([sentenza n. 255 del 2020](#)), e in una terza ha ritenuto in contrasto con il principio di ragionevolezza una disposizione di legge regionale

---

<sup>55</sup> E pertanto idonea ad evitare possibili elusioni, tra le quali il rischio [cui fa riferimento M. RUOTOLO, *Le libertà di riunione e di associazione*, in R. Nania e P. Ridola (curr.), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2001, 510] che «operatori economici, dissimulando la lucretività delle loro imprese, possano giovare degli incentivi assicurati al non profit».

che limitava l'erogazione di contributi alle associazioni Onlus ([sentenza n. 52 del 2021](#)). Dunque, principio comune di tali decisioni è che la disciplina unitaria di un settore, come realizzata dal Codice, impone un trattamento non differenziato delle sue diverse componenti, coerentemente ai contenuti propri del principio di ragionevolezza. In altri termini, se è il Terzo settore nella sua unitarietà che viene ritenuto meritevole di un trattamento di favore ad opera del legislatore, non è consentito distinguere al suo interno tra tipologie di enti più (o meno) meritevoli.

Ciò tuttavia non può impedire, sempre alla luce del canone di ragionevolezza, che nel rispetto generale del principio di parità di trattamento una siffatta differenziazione sia possibile, in relazione a specifiche misure, tra tipologie di enti: purché ciò rientri nel margine di discrezionalità riservato al legislatore e non trasmodi pertanto in scelte manifestamente irragionevoli. È ciò che ha dapprima riconosciuto la Corte, ancora in relazione ad una disposizione di legge regionale, la quale aveva individuato, tra i beneficiari dei finanziamenti regionali di appositi programmi, le associazioni che dimostrassero certificata esperienza e che fossero iscritte «nel registro regionale del volontariato e/o della promozione sociale»: secondo la Corte tale previsione non può ritenersi discriminatoria in quanto frutto di «una scelta non irragionevole, che valorizza la specifica esperienza maturata nel contesto locale di riferimento, in funzione di una maggiore efficacia dell'intervento legislativo regionale» ([sentenza n. 27 del 2020](#)). Più esplicitamente, e con riguardo non a una disposizione regionale bensì ad una disposizione contenuta nel Codice (art. 76), la [sentenza n. 72 del 2022](#) ha precisato che la scelta del legislatore di unificare la categoria di ente del Terzo settore non ha avuto il significato di risolvere «in una indistinta omologazione tutti gli ETS», in quanto «all'interno del perimetro legale di questa definizione sono rimaste in vita specifiche e diverse caratterizzazioni dei modelli organizzativi, al punto che sono gli enti nella loro autonomia a individuare, variandola se necessario, quella che meglio consente, secondo la storia e l'identità di ciascuno, il raggiungimento dei propri fini istituzionali». Ciò consente pertanto al legislatore di differenziare i potenziali destinatari di alcune misure quando sussistano ragioni oggettivamente apprezzabili: come appunto esso ha fatto allorché, nel richiamato art. 76, ha stabilito che un determinato contributo «sia accessibile solo a ETS caratterizzati dal vincolo normativo alla prevalenza dei volontari e dal connesso principio di gratuità, con esclusione degli altri enti per i quali tale previsione non sussiste e che quindi possono pattuire remunerazioni con cui autonomamente finanziare l'acquisto o il rinnovo dei beni considerati nella norma censurata».

Ancora una volta, dunque, è con il bisturi della ragionevolezza che è necessario operare per valorizzare i principi costituzionali di cui il Terzo settore è espressione e per consentire che essi non siano messi in discussione da tentativi di elusione o di indebolimento dei confini della categoria. Un compito che è affidato al legislatore e alla Corte costituzionale in relazione alle previsioni regolatorie generali, ma che spetta anche alla pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni, non soltanto di controllo; e allo stesso mondo del Terzo settore in virtù del ruolo che questo è venuto assumendo e che la legislazione gli ha riconosciuto.



ANTONIO RUGGERI\*

**Note minime in tema di sovraffollamento carcerario (e non solo...)**

SOMMARIO: 1. La torsione metodica, ancora prima che teorica, che sta a base di talune ricostruzioni correnti in tema di diritti sociali, avuto specifico riguardo ai costi assai elevati che comporta il loro appagamento in una misura complessivamente apprezzabile. – 2. La generale valenza posseduta dalla questione oggi discussa (in ispecie, la conferma offerta in ambito sanitario, con riferimento alla salvaguardia della salute per le persone affette da covid-19). – 3. La ricetta giusta per i problemi sopra accennati e i due piani ai quali si richiedono radicali interventi idonei alla loro risoluzione. – 4. Una succinta notazione finale.

**ABSTRACT: *The paper deals with the interpretation of social rights and the issue their costs. It is argued that it is necessary to implement a vigorous work of civic education aimed at ensuring that the values which are the basis of the Republic are truly metabolised by the social body. At the same time, it is underlined that the action of public authorities should be vigorously oriented towards the realization of what the Author calls the fundamental axiological couple (freedom and equality). From this one, social justice draws its origin and constant nourishment and, with it, the protection of the dignity of the human person: the "value of values".***

*1. La torsione metodica, ancora prima che teorica, che sta a base di talune ricostruzioni correnti in tema di diritti sociali, avuto specifico riguardo ai costi assai elevati che comporta il loro appagamento in una misura complessivamente apprezzabile*

Desidero, innanzi tutto, esprimere il mio più vivo compiacimento per la bella iniziativa oggi adottata con riferimento ad un'annosa e spinosa questione e per le accurate e puntuali osservazioni svolte da [Anna Lorenzetti](#) e [Francesco Picozzi](#) che hanno ripreso, con ulteriori, opportune precisazioni, i più salienti contenuti del libro scritto con A. Albano sul tema<sup>1</sup>. Questione spinosa, dicevo, ed anche – per ciò che a me maggiormente preme mettere in chiaro – di cruciale rilievo, specie se riguardata da una prospettiva di ordine teorico-generale, dalla quale è possibile tornare a riflettere sulla stessa e su numerose altre ad essa, per l'aspetto che ora specificamente metterò in evidenza, accomunate.

Mi corre l'obbligo di fare una preliminare avvertenza.

Non poche volte trattando temi aventi ad oggetto i diritti sociali e, in genere, diritti il cui appagamento comporta costi elevati, mi sono avveduto che, al di là delle soluzioni di merito affacciate in relazione ai singoli problemi ad essi relativi (e, dunque, del fatto che esse apparissero ai miei occhi ora più ed ora meno persuasive e soddisfacenti), particolarmente gracili e talora persino inconsistenti mi sembravano (e mi sembrano) essere le basi metodiche sulle quali le stesse venivano fatte poggiare. Insomma, mi è parso (e mi pare) di cogliere una complessiva torsione metodica che fatalmente poi rifletteva (e riflette) i propri negativi effetti a carico delle soluzioni suddette.

---

\* Professore emerito di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Il riferimento è, ovviamente, a A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021.

Mi sforzo di precisare il mio pensiero al riguardo facendo solo un paio di esempi e portandomi, per maggior chiarezza, oltre il recinto della questione oggi discussa.

Ebbene, nella consapevolezza che, nell'ambito della generale questione carceraria, il sovraffollamento rimane ad oggi un problema aperto, forse "irrisolvibile" – come lo stesso libro sopra richiamato già nel titolo espressamente dichiara (seppur tra virgolette...) –, nel corso del tempo si sono ricercate soluzioni-tampone, volte ad arginarne almeno in parte gli effetti e risparmiare al nostro Stato ulteriori sanzioni da parte della giurisprudenza europea. Non a caso, si è pensato all'adozione di misure a finalità deflattiva nei riguardi della popolazione carceraria, di depenalizzazione, ecc. Misure che – mi limito qui a rilevare di passaggio –, tra gli altri effetti nocivi cui danno vita, hanno quello di mettere sotto *stress* il principio della certezza della pena e, perciò, di alimentare il discredito diffuso tra la gente nei riguardi del personale politico in genere e di coloro che sono preposti ad attività di governo in ispecie.

La domanda che sovente ci si pone davanti ad un siffatto modo di procedere è perché mai si ricorra a provvedimenti di tal fatta, quasi che non se ne diano altri maggiormente conducenti allo scopo di rimediare a risalenti, strutturali carenze del sistema complessivo preposto alla espiazione della pena; e la risposta che sovente si dà è che le misure in parola sono quelle che comportano i minori costi per la collettività. Si aggiunge, anzi, assai spesso che le risorse necessarie per la costruzione di un numero considerevole di istituti di detenzione o di sezioni adeguate in relazione a certi tipi di reati presso gli istituti esistenti non vi sono e che, pertanto, è da questa realtà dei fatti che occorre muovere e con essa pur sempre fare i conti.

Convengo che, forse, le misure alternative dietro richiamate richiedono costi meno elevati per l'aspetto economico; non mi pare, però, che sia così per l'aspetto, a mia opinione di prioritario rilievo, etico-costituzionale. Ad ogni buon conto, quello dei costi è un criterio che va, sì, tenuto presente ma che non può considerarsi una sorta di buco nero capace di attrarre fatalmente a sé ogni cosa, annientandola, o, per dir meglio, un valore fondamentale che insensatamente assuma di potersi tirannicamente affermare a discapito di ogni altro.

Il vero è che, nei termini sopra succintamente indicati, la questione è posta in modo distorto e richiede, dunque, di essere raddrizzata e correttamente riformulata.

Sono persuaso da tempo e vado radicandomi sempre di più nel convincimento che, malgrado il colossale debito pubblico gravante sul nostro Paese, le risorse economico-finanziarie *in astratto* vi siano; il punto è che sono mal distribuite ed impiegate, secondo quanto è, ad es., avvalorato dai dati relativi al tasso imponente di corruzione e di evasione fiscale diffusa, grande o piccola che sia (ma anche la microevasione, a motivo della sua estensione e dell'incremento registrato nel tempo finisce poi con l'ammontare a cifre con molti zeri).

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa.

Il problema del sovraffollamento carcerario non si risolve accorciando i tempi della pena, una volta che sia stata fissata in sede giurisdizionale, o, peggio, azzerandola indebitamente del tutto. Si risolve, di contro, costruendo nuovi edifici di espiazione della pena, ovviamente fatti a misura d'uomo, nei quali cioè la dignità del detenuto sia pienamente salvaguardata, così come lo è e dev'esserlo quella di ogni altra persona, quale che sia il contesto sociale o istituzionale in cui si trovi. E ciò, per la elementare ragione che la dignità non è "misurabile", non può essere goduta in maggiore o minore misura a seconda delle persone o delle circostanze: la si ha ovvero non la si ha, puramente e semplicemente; e *deve* sempre aversi

proprio perché indisponibile: valore – si è altrove detto<sup>2</sup> – “supercostituzionale” o, come l’ha qualificato un’accreditata dottrina<sup>3</sup>, “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti nel momento in cui sono sollecitati a partecipare ad operazioni di reciproca ponderazione in ragione dei casi.

*2. La generale valenza posseduta dalla questione oggi discussa (in ispecie, la conferma offerta in ambito sanitario, con riferimento alla salvaguardia della salute per le persone affette da covid-19)*

La soluzione affacciata per il tema che oggi specificamente ci occupa possiede, peraltro, generale valenza, non rappresenta cioè un esito singolare, peculiare della stessa. Se ne ha subito conferma in plurimi ambiti materiali di esperienza. Accenno qui solo a quello riguardato dalla emergenza sanitaria da covid-19, ad oggi fatto oggetto – come si sa – di numerose e preoccupate riflessioni da parte di studiosi ed operatori di vario orientamento.

Si pensi, dunque, alla vessata questione dell’accesso ai reparti di terapia intensiva, drammaticamente postasi soprattutto al momento della emersione in tutta la sua portata della pandemia, in un tempo cioè in cui ancora la campagna vaccinale non era neppure iniziata (solo un cenno di sfuggita a riguardo di quest’ultima: cifre alla mano è ormai provato che i vaccini fin qui messi a punto, per imperfetti che siano, dal momento che il rischio del contagio non è purtroppo comunque fugato, abbattano drasticamente i casi di ricovero ospedaliero e – ciò che maggiormente importa – di decesso. Stando così le cose, per un verso, palesemente irragionevole, per non dire del tutto irrazionale, è l’abbassamento della guardia e la riduzione delle misure di contenimento della diffusione del virus, a partire dall’uso delle mascherine protettive, specie nei luoghi chiusi e altamente frequentati, mentre, per un altro verso, avrebbe dovuto a mia opinione stabilirsi l’obbligo della vaccinazione a tappeto, eccezion fatta per le sole persone per le quali è per ragioni di salute sconsigliata, non limitandosi pertanto alla sua mera “raccomandazione”<sup>4</sup>).

Ora, con riguardo ai ricoveri nei reparti di terapia intensiva, a motivo del fatto che i posti disponibili erano (e seguitano ad essere) limitati, si è animatamente discusso in merito al criterio o ai criteri da mettere in atto con riferimento all’ordine delle priorità: se quello delle maggiori aspettative di sopravvivenza, l’altro dell’ordine cronologico di arrivo dei pazienti, l’altro ancora della loro età, e via discorrendo.

Ebbene, ancora una volta un siffatto modo di vedere le cose appare, a mia opinione, viziato in radice, metodicamente appunto, alla luce delle indicazioni al riguardo offerte dalla Carta. Quest’ultima, infatti, riconosce a *tutti* il diritto fondamentale alle cure, senza preclusione o condizione di sorta. Indecoroso è stato (ed è), ad ogni buon conto, scaricare per intero sulle

---

<sup>2</sup> A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 221 ss., e già in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

<sup>3</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al [sito](#) web dell’AIC, 14 marzo 2008, spec. al § 3.

<sup>4</sup> Ho ripetutamente insistito sul punto di cruciale rilievo: ragguagli, se si vuole, possono aversi dai miei *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in [Dirittifondamentali.it](#), n. 2/2021, 22 maggio 2021, 170 ss.; *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l’obbligo della vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in [Giustizia Insieme](#), 15 settembre 2021; *Ancora in tema di obbligatorietà del vaccino contro il Covid-19 e della responsabilità per la sua mancata introduzione*, in [Giustizia Insieme](#), 11 ottobre 2021, e *Covid-19 e obbligo vaccinale, dal punto di vista della teoria della Costituzione*, in *Nuove aut.*, Speciale obbligo vaccinale, n. 1/2022, 21 febbraio 2022.

pur solide spalle dei medici e del personale sanitario in genere l'onere insopportabile della scelta, laddove dovrebbero essere in primo luogo gli organi della direzione politica a farsene carico, traducendola in previsioni di legge, pur sempre nondimeno soggette – come di consueto – a verifica della loro rispondenza a ragionevolezza.

Irresponsabile, alla luce della esperienza fin qui maturata, è che non si provveda da subito a varare le misure giuste per contenere, se non pure fuggire del tutto, il rischio che situazioni analoghe a quella riscontratasi al momento della esplosione della pandemia, che ha colto tutti impreparati e disorientati, abbiano a ripetersi anche per malattie diverse da quella dovuta alla diffusione del covid-19. E, dunque, occorre investire ancora di più nella ricerca, rendere maggiormente consistenti gli accessi agli studi di medicina, specie appunto negli ambiti più direttamente riguardati da siffatte specie di malattie, e, naturalmente, costruire nuovi ospedali e attrezzare adeguatamente allo scopo quelli esistenti, ecc. È chiaro che per fare tutto ciò ci vogliono tempo e, soprattutto, risorse (e, naturalmente, prima ancora, una volontà politica fermamente orientata in tal senso, senza alcuna contrapposizione di schieramento che non sarebbe compresa dalla comunità statale, quali che siano le preferenze politiche dei suoi componenti).

Non si obietti, tuttavia, che mancherebbero le risorse economiche necessarie alla realizzazione di un sì ambizioso disegno. Risorse che – come si accennava poc'anzi – possono rinvenirsi tra le fonti della ricchezza nazionale senza che per ciò sia inevitabile un ulteriore inasprimento della pressione fiscale, ormai pervenuta a livelli insopportabili.

### *3. La ricetta giusta per i problemi sopra accennati e i due piani ai quali si richiedono radicali interventi idonei alla loro risoluzione*

Il vero è che la ricetta giusta per risolvere o, quanto meno, avviare a risoluzione le annose questioni alle quali si è qui fatto cenno, unitamente alle altre ad esse simili che si pongono in campi materiali di esperienza diversi da quelli sopra indicati, richiede radicali interventi congiuntamente effettuati ad un duplice piano, specie al fine di abbattere drasticamente il pauroso livello di corruzione e di evasione fiscale, di cui si diceva.

Per un verso, occorre mettere in atto un'opera martellante di educazione civica volta a far sì che i valori che stanno a base della Repubblica, ai quali nel modo più genuino e pregnante danno voce i principi fondamentali della Carta, siano davvero metabolizzati dal corpo sociale e da ciascuno dei suoi componenti colti nella loro essenza e intesi quali canoni indisponibili di azione, spontaneamente osservati perciò dalla gran parte di coloro che operano nel territorio della Repubblica (cittadini e non), non già fatti valere con la forza. D'altronde, è ormai provato che, nel momento in cui i principi che stanno a base di una comunità politicamente organizzata non sono più intimamente avvertiti e rispettati, è fatale lo sfilacciamento del tessuto sociale e, con esso, l'avvento – prima o poi – di fatti di discontinuità costituzionale.

Per un altro verso, è necessario avere tangibile riscontro del fatto che l'azione dei pubblici poteri risulti vigorosamente orientata verso la realizzazione in una misura complessivamente apprezzabile dei primi tra i valori fondamentali suddetti, componenti quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale*, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, nelle mutue ed inscindibili implicazioni che tra libertà ed eguaglianza si intrattengono<sup>5</sup>, dalle quali trae origine

---

<sup>5</sup> ... in merito alle quali, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

e costante alimento la giustizia sociale e, con essa, la salvaguardia della dignità della persona umana: il “valore dei valori”, come poc’anzi si rammentava.

Libertà ed eguaglianza, specie nella sua declinazione c.d. sostanziale, sono infatti la precondizione dell’affermazione di ogni altro valore che rispetto ad esse si pone in funzione servente. L’organizzazione dei pubblici poteri e l’intera disciplina sostantiva della Carta – se ci si pensa – esprimono tutte una naturale, indeclinabile vocazione di scopo orientata alla ottimale affermazione, alle condizioni oggettive di contesto, della coppia suddetta.

D’altronde, è un dato elementare di tutta evidenza quello per cui nel fatto stesso del soddisfacente appagamento della coppia in parola è implicito l’appagamento dei diritti sociali, malgrado i costi viepiù elevati che esso comporta, e viceversa: non dandosi concreta realizzazione delle pretese facenti capo ai diritti in parola, per ciò stesso i valori evocati dagli artt. 2 e 3 della Carta resteranno privi di effettivo riscontro ed anzi la loro enunciazione suonerà come un’autentica beffa, fonte d’indicibile amarezza e vero e proprio sconforto.

È poi di tutta evidenza che si richiede allo scopo una capacità di progettazione complessiva dello sviluppo della società di cui non è affatto sicuro che risulti provvisto il personale politico di cui il Paese in atto dispone (in sede locale come pure a livello centrale), quale che ne sia il colore politico. Il timore è, infatti, che si coltivi la speranza di uscire dal tunnel esattamente con lo stesso “metodo” che bizzarramente pensava di mettere in atto il Barone di Münchhausen per tirarsi fuori dal pantano in cui era sprofondata...

#### *4. Una succinta notazione finale*

Non dispongo oggi dello spazio che sarebbe richiesto per gli ulteriori approfondimenti della questione cui ho fatto cenno e che – confesso – mi stava (e mi sta) da tempo a cuore di mettere sul tappeto, sulla quale nondimeno mi riprometto di tornare a riflettere in una sede ad essa specificamente dedicata.

Chiudo, dunque, con un’immagine che ho già in altre occasioni rappresentato e che mi pare risulti calzante alla luce del taglio da me dato all’intervento che sto per chiudere; ed è quella del bimbo che spia dal buco della serratura e scopre così un mondo che gli era dapprima nascosto, manifestando stupore per ciò che vede e di cui magari non ha del tutto chiaro il significato.

Ebbene, questa stessa è la sensazione che oggi ho provato ascoltando le belle relazioni di [Anna Lorenzetti](#) e [Francesco Picozzi](#), unitamente agli altri interventi che hanno preceduto questo mio; e – se mi si consente – è pure la sensazione che vorrei sollecitare a chi ha avuto l’amabilità di ascoltarmi, riflettendo dunque a riguardo del capovolgimento, metodico prima ancora che teorico, che sta a base di talune ricostruzioni correnti e – ahimè – profondamente radicate nella cultura, giuridica e non, ad oggi dominante, specie laddove si predispongono ad arte alibi argomentativi a “copertura” di indirizzi politici, vecchi e nuovi, complessivamente devianti – come si è tentato di mostrare – dal solco costituzionale e – ciò che è peggio – frontalmente contrapposti proprio ai principi che stanno a base della Repubblica.



ANNA MARIA CITRIGNO\*  
Prime note sul diritto allo studio dei detenuti\*\*

SOMMARIO: 1. Diritti e vulnerabilità: il crescente (ma non ancora sufficiente) interesse per i diritti dei detenuti. – 2. I diritti all'istruzione e allo studio dei detenuti: lo stato dell'arte. – 3. Diritti dei detenuti, funzione rieducativa della pena e proposte di riforma in senso regressivo.

**ABSTRACT: *The paper deals with the issue of prison inmates' right to education and highlights the continued lack of public policies aimed at implementing constitutional provisions in the field. Article 34 of the Italian Constitution envisages a school system accessible to all, and therefore, also to those whose liberty is subject to limitations. The lack of attention given to a right which is so important for the purposes of inmates' reintroduction into society reflects how little interest there is in ensuring the "re-educational" aspects of criminal punishment as required under Article 27 of the Constitution.***

1. Diritti e vulnerabilità: il crescente (ma non ancora sufficiente) interesse per i diritti dei detenuti

Il tema dei diritti dei detenuti è oggi al centro del dibattito dottrinale<sup>1</sup>. L'interesse è motivato da diversi fattori, tra cui certamente la crescente preoccupazione per la condizione di *vulnerabilità* umana, verso cui, com'è stato di recente sottolineato da un'autorevole dottrina<sup>2</sup>, Corti e legislatori, specialmente negli ultimi tempi, hanno sempre più rivolto la propria attenzione.

Si pensi, in particolare, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nel contesto di un più ampio riconoscimento della vulnerabilità come condizione

«non predefinita nei contenuti o nei criteri d'identificazione, che dunque abbraccia una molteplicità di significati poiché in fondo finalizzata alla salvaguardia di forme di debolezza e svantaggio non predeterminabili in astratto»<sup>3</sup>,

ha assicurato una particolare protezione ai diritti dei detenuti<sup>4</sup>. Degna di nota è la recente decisione del 24 gennaio 2022 nel caso *Sy contro Italia*, riguardante la situazione di «vulnerabilità multifattoriale»<sup>5</sup> del detenuto malato. Con tale pronuncia, la Corte Edu ha

---

\*\* Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico nel Dipartimento di Scienze giuridiche e politiche dell'Università di Messina. Il presente contributo è stato anticipato in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), 1/2023.

<sup>1</sup> Tra gli scritti più recenti di v. almeno A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022; S. ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Milano, 2022; A. Albano, A. Lorenzetti e F. Picozzi (curr.), *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema irrisolvibile*, Torino, 2021; S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, con prefazione di M. Palma, Napoli, 2018; M. Ruotolo e S. Talini (curr.), *Dopo la riforma: i diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019.

<sup>2</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, Intervento di discussione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Professore Robert Spano, Diritti umani e persone vulnerabili, Roma, 22 aprile 2022, al [sito](https://www.corte-costituzionale.it) web della Corte costituzionale..

<sup>3</sup> P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in [Dirittifondamentali.it](https://www.dirittifondamentali.it), n. 1/2022, 546, al quale si rinvia anche per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte Edu in cui è stata adottata tale nozione di vulnerabilità.

<sup>4</sup> Cfr., tra le varie pronunce, Corte Edu, *Selmouni c. Francia*, 28 luglio 1999; *Salman c. Turchia*, 27 giugno 2000; *Bouyid c. Belgio*, 28 settembre 2015; *Tiziana Pennino c. Italia*, 12 ottobre 2017.

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, cit., 3.

condannato l'Italia per aver trattenuto in carcere, per quasi due anni, un detenuto affetto da disturbo mentale aggravato dalla tossicodipendenza, in assenza di un piano terapeutico generale e malgrado fossero intervenute in precedenza decisioni giudiziarie nazionali che avevano disposto il trasferimento del soggetto in un'adeguata residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) a causa della certificata incompatibilità del suo stato di salute con la detenzione in carcere<sup>6</sup>.

Sul versante della giurisdizione nazionale e, in particolare, di quella costituzionale, il Giudice delle leggi si è pure, di recente, pronunciato sulla medesima materia e, in particolare, sulla disciplina delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Con la [sent. n. 22 del 2022](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni sollevate in merito all'organizzazione e al funzionamento di tali istituti, esprimendo, tuttavia, una pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» e rivolgendo al legislatore un monito a intervenire sui diversi profili di dubbia costituzionalità della normativa. Nella sentenza si sottolinea, in particolare, la necessità che la materia trovi un'adeguata disciplina legislativa (in ossequio ai principi enunciati dagli artt. 25, comma 3, e 32, comma 2, Cost., anche in relazione all'art. 13 Cost.), volta anche a garantire effettività alle misure in esame, e che il Ministro della Giustizia conservi una funzione di sorveglianza e coordinamento sul funzionamento delle stesse misure di sicurezza (come imposto dall'art. 110 Cost.); tutte previsioni normative rimesse alla discrezionalità del legislatore e, per questo, sottratte al sindacato della Corte<sup>7</sup>.

Più in generale, le condizioni in cui versano molti istituti penitenziari e coloro che ci vivono sono allarmanti. L'anno appena trascorso ha fatto registrare purtroppo un alto numero di suicidi nelle carceri<sup>8</sup>; un dato che mostra con tutta evidenza quanto difficile sia tale realtà, anche a prescindere dal problema del sovraffollamento che pure incide sull'esecuzione di una pena che non può consistere in trattamenti inumani e degradanti (come previsto dall'art. 3 CEDU e dall'art. 27, comma 3, Cost. e come ribadito dalla giurisprudenza della Corte Edu, soprattutto a partire dalla nota decisione dell'8 gennaio 2013 nel caso *Torreggiani e altri* contro *Italia*, che ha segnato una tappa decisiva nel processo di riconoscimento del «volto costituzionale della pena»<sup>9</sup>).

La più recente vicenda che ha visto protagonista Alfredo Cospito, detenuto in regime di 41-bis, che sta conducendo la sua battaglia contro la previsione di stato detentivo attraverso lo

---

<sup>6</sup> Su tale decisione cfr. ancora P. SCARLATTI, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, cit., 545 ss.

<sup>7</sup> Corte cost., [sent. n. 22 del 2022](#), punti 5.3 ss. del *Cons. in dir.* Su tale pronuncia cfr., tra gli altri, G. MONACO, *REMS: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un'ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Osservazioni su Corte cost. n. 22/2022*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 3/2022, 274 ss.; O. DI CAPUA, *La Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, ivi, 294 ss.

<sup>8</sup> Secondo un recente [rapporto dell'OMS del 2022](#), un detenuto su tre soffre di disturbi mentali e il suicidio è la causa di morte più comune nella popolazione carceraria. L'anno appena trascorso ha fatto registrare ben 84 suicidi. Il dato assai allarmante è stato stilato dai volontari dell'associazione Antigone che rilevano come occorra tornare al 2009 che ha visto 72 suicidi a fronte di un numero più elevato di detenuti, pari a 5000.

<sup>9</sup> A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014, in [Rivista AIC](#), n. 2/2014, 1 ss. L'A. pone in evidenza «una cessione unilaterale di sovranità a vantaggio dei penalisti, quando invece il problema della pena e della sua esecuzione non dovrebbe (solo) preoccupare ma (anche) occupare la riflessione costituzionalistica».

sciopero della fame ha riaperto un dibattito pubblico che pone interrogativi rispetto a una misura particolarmente rigida, prevista in particolare per reati di stampo mafioso.

In questa sede non si intende certo ricostruire un quadro completo dei tanti, complessi aspetti giuridici della condizione del detenuto, ma trattare del riconoscimento di un particolare diritto alle persone sottoposte alle più restrittive misure limitative della libertà personale. Si fa riferimento al diritto allo studio che, come emergerà dalle riflessioni che seguiranno, ha un ruolo fondamentale nel percorso rieducativo previsto dall'art. 27, comma 3, Cost. e, che, tuttavia, richiederebbe interventi strutturati e ponderati, promossi nel contesto di adeguate politiche pubbliche.

## *2. I diritti all'istruzione e allo studio dei detenuti: lo stato dell'arte*

Il primo problema dei diritti, come già sottolineava Norberto Bobbio<sup>10</sup>, ancor più in un contesto come quello carcerario, caratterizzato da numerose criticità lontane dall'essere risolte, è quello della loro effettività<sup>11</sup>.

Va rilevato, innanzitutto, che la svolta fondamentale relativa al riconoscimento legislativo dei diritti dei ristretti può farsi coincidere con l'adozione della normativa sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»), e, poi, con l'entrata in vigore del D.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, recante il relativo regolamento di esecuzione, successivamente sostituito dal D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

Tale disciplina ha posto le basi per avviare una rilettura della funzione della pena nel quadro delle coordinate poste dai principi fondamentali della Costituzione. Alla base del trattamento penitenziario i valori della dignità e dell'umanità espressi dai principi costituzionali trovano finalmente la loro collocazione<sup>12</sup>. Attraverso tale disciplina, com'è stato detto, si è finalmente posta «la persona al centro della trama normativa dell'esecuzione penale», fornendosi «la base per ulteriori evoluzioni, alcune delle quali esito di puntuali interventi della giurisprudenza

---

<sup>10</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

<sup>11</sup> G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, Intervento conclusivo del corso "Diritti dei detenuti e Costituzione", Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011, reperibile in [Diritto Penitenziario e Costituzione](#). L'A. evidenzia come «flessibili ed in qualche modo comprimibili, proprio perché esercitati all'interno dell'istituzione carceraria, questi diritti richiedono attenzione particolare: sia perché i rischi di un loro (sia pure indiretto) azzeramento sono altissimi; sia perché – all'interno di una realtà comunque totalizzante, come il carcere – la loro residualità è bene prezioso, utilità marginale di garanzie». Ed ancora: «uno sguardo anche superficiale alla quotidianità del pianeta carcere dimostra con drammatica evidenza quanta distanza vi sia fra quei principi e la realtà della pena detentiva. Dimostra quanto sia forte il contrasto fra la teoria degli obiettivi di rieducazione, legalità e rispetto della dignità, che dovrebbero produrre sicurezza restituendo alla società una persona libera, dopo l'espiazione della pena; ed una realtà opposta di fallimento del sistema, di rimozione del problema, di negazione della legalità, della libertà e della sicurezza. Quest'ultima, in particolare, viene confinata e snaturata nell'esclusione del diverso e nell'illusione di una pax carceraria sovraffollata, patogena e criminogena, i cui unici obiettivi sembrano ridursi – quando vi si riesce – all'assenza di fughe, di rivolte, di autolesionismi e di suicidi».

<sup>12</sup> L'art. 1 della legge sull'ordinamento penitenziario recita: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Esso è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose, e si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione».

costituzionale»<sup>13</sup>. Tra le varie pronunce della Corte si può ricordare, in particolare, la [sentenza n. 349 del 1993](#), con la quale si è affermato che

«chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità»<sup>14</sup>.

Quali sono, però, i «residui di libertà» dei detenuti nel contesto carcerario che è, per antonomasia, il luogo deputato alla privazione della libertà<sup>15</sup>? Una risposta a tale interrogativo è quella che riposa sul concetto di dignità umana, bene, secondo un'autorevole dottrina, non bilanciabile e irrinunciabile e che, a maggior ragione, deve rimanere integra anche dentro le mura del carcere:

«La dignità umana – è stato scritto – si sostanzia nel diritto al “rispetto”, sintesi di riconoscimento e di pari considerazione delle persone; in essa libertà ed eguaglianza si fondono. Entrambe le componenti della dignità potranno subire, per motivi di sicurezza, limitazioni, ma non si potrà mai accettare che il valore della persona, nel suo complesso, possa essere sminuito per effetto della restrizione in carcere. Né potrebbe essere invocato in contrario il disvalore degli atti delittuosi compiuti dal detenuto. Di fronte a questa possibile obiezione, si deve affermare con chiarezza un principio, che potremmo definire intrinseco allo stesso concetto di dignità umana: essa non si acquista per meriti e non si perde per demeriti»<sup>16</sup>.

L'art. 19 della legge sull'ordinamento penitenziario prevede che l'istruzione scolastica sia «curata mediante l'organizzazione dei corsi di scuola dell'obbligo e dei corsi di addestramento professionale» ed ancora che «possono essere istituite scuole di istruzione secondaria di secondo grado negli istituti penitenziari». Che l'istruzione abbia un importante rilievo si evince anche dalla previsione contenuta nell'art. 15 della medesima legge, come modificato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123:

«il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia».

Si tratta ovviamente di scelte che ricadono nell'ambito di esercizio dell'autodeterminazione del detenuto. L'istruzione, diversamente rispetto al passato, diviene così «mezzo irrinunciabile

---

<sup>13</sup> Cfr. in tema, tra gli altri, M. RUOTOLO, *Il reinserimento dei detenuti: le coordinate costituzionali (notazioni introduttive)*, testo dell'intervento al Convegno “Il reinserimento dei detenuti”, tenutosi presso l'Università LUMSA, Roma, 17 novembre 2017, in *La leg. pen., Interventi e relazioni*, 12 novembre 2018; ID., *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; ID., *La detenzione e i diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in [Costituzionalismo.it](#), n. 2/2015; ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002; V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., XI; E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE e A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

<sup>14</sup> Si veda la [sentenza n. 26 del 1999](#) con la quale la Corte costituzionale afferma come «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» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

<sup>15</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 6/2021, 253 ss.

<sup>16</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, Relazione svolta al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014 in [Rivista AIC](#), n. 2/2014, 1.

per garantire ed espletare al meglio le funzioni della pena»<sup>17</sup>. E ancora, più in generale, com'è stato detto, non è sufficiente un'opera di sensibilizzazione, svolta all'esterno, funzionale a far capire cosa sia il carcere, poiché la cultura

«deve entrare dentro il carcere utilizzando la scuola, che è un diritto fondamentale per tutti, perché cultura vuol dire evitare che il decorso del tempo, la mancanza di lavoro, aggravi la situazione di chi sta subendo una grave penalizzazione di quelle caratteristiche spaziali e temporali»<sup>18</sup>.

La rilevanza dell'istruzione e dello studio in carcere, tuttavia, si coglie soltanto se si riconosce la stretta correlazione esistente tra gli artt. 9, 33 e 34, da una parte, e l'art. 27, comma 3, Cost., a norma del quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»; si tratta di coordinate normative che hanno consentito di riconoscere a tali situazioni giuridiche soggettive una connotazione del tutto nuova rispetto al passato<sup>19</sup>.

Si deve notare, peraltro, come le stesse previsioni costituzionali in materia di cultura, istruzione e studio abbiano una portata molto ampia, tale da includere certamente, come peraltro riconosciuto dalla legislazione e dalla giurisprudenza, anche la condizione delle persone sottoposte a misure limitative della libertà personale: si pensi alla formula impiegata dall'art. 9, comma 1, Cost., secondo cui «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica»; all'art. 33, comma 1, Cost., a norma del quale «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento»; all'art. 34, Cost., in base al quale «la scuola è aperta a tutti» (comma 1) e «l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita» (comma 2). A tali disposizioni devono aggiungersi, poi, le garanzie offerte da importanti riconoscimenti del diritto internazionale, come l'art. 2 del Protocollo n. 1 della CEDU, in base al quale «il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno».

Tornando alla legislazione nazionale e per quanto riguarda, in particolare, l'istruzione universitaria, l'art. 19, comma 5, della legge sull'ordinamento penitenziario prevede che

«sono agevolati la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, nonché l'ammissione di detenuti e internati ai tirocini di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92».

Si tratta di una previsione piuttosto blanda, che non sembrerebbe riconoscere un vero e proprio diritto in capo alle persone sottoposte a restrizioni della libertà personale<sup>20</sup>. Analogo tenore presentano gli artt. 44 e 45 del Regolamento di esecuzione (D.P.R. n. 230 del 2000): in base a quanto disposto nel secondo comma del primo articolo, il principio dell'agevolazione per il compimento degli studi si traduce nella previsione di «opportune intese con le autorità accademiche per consentire agli studenti di usufruire di ogni possibile aiuto e di sostenere gli esami»; in base all'art. 45, commi 2 e 4, gli studenti possono essere esonerati dal lavoro, a loro richiesta, e possono ottenere il rimborso delle spese sostenute per tasse, contributi scolastici

---

<sup>17</sup> C. TOMBA, *Il sistema scolastico penitenziario: studenti adulti, minori e stranieri*, in M. Ruotolo e S. Talini (curr.), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, vol. I, Napoli, 2019, 74.

<sup>18</sup> G.M. FLICK, *Più cultura che carcere e più cultura in carcere. Nello spirito della Carta*, in *Il Dubbio*, 19 dicembre 2022.

<sup>19</sup> Cfr., in tal senso, C. TOMBA, *Il diritto allo studio in regime restrittivo delle libertà*, in [Diritto Penitenziario e Costituzione](#).

<sup>20</sup> Cfr. F. PRINA, *I Poli universitari penitenziari in Italia. L'impegno delle università per il diritto allo studio dei detenuti* in V. Friso e L. Decembrotto (curr.), *Università e carcere. Il diritto allo studio tra vincoli e progettualità*, Milano, 2018.

e libri di testo e la corresponsione di «un premio di rendimento nella misura stabilita dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria».

L'esercizio dei diritti all'istruzione e allo studio è comunque ostacolato da diversi fattori contestuali: in particolare, la presenza di un tasso di scolarizzazione molto basso nella popolazione carceraria e l'assenza di adeguate politiche in tale settore, oltre ai già richiamati problemi cagionati dal sovraffollamento, complicano il perseguimento della finalità della rieducazione dei detenuti nella prospettiva di un'effettiva risocializzazione degli stessi, attraverso l'acquisizione di un adeguato senso di responsabilità. Va evidenziato, infatti, come le iniziative orientate in tal senso poggino essenzialmente su azioni di volontariato: le prime attività, in tale ambito, avviate negli anni '60 del secolo scorso, si devono, infatti, alla spontanea determinazione di alcuni docenti dell'Università di Padova a favore di studenti detenuti iscritti alla Facoltà di Ingegneria civile. Nel tempo, la collaborazione tra amministrazione penitenziaria e Università ha portato all'istituzione dei c.d. **Poli Universitari Penitenziari** (PUP) in quasi tutte le Regioni<sup>21</sup>. Si tratta di soggetti che danno vita, com'è stato detto, a «un sistema di servizi e opportunità offerti dall'Università, con la disponibilità dell'Amministrazione penitenziaria, ulteriori o sostitutivi rispetto a quelli normalmente fruibili dagli studenti, proposto in modo strutturale e organizzato sulla base di apposite convenzioni, volto a superare gli ostacoli che obiettivamente si frappongono ad un effettivo esercizio del diritto allo studio universitario da parte di chi è in esecuzione penale»<sup>22</sup>. Nel 2018 i Poli Universitari Penitenziari hanno dato vita alla Conferenza Nazionale dei Delegati dei Rettori per i poli Universitari Penitenziari (CNUPP), istituita presso la CRUI il 9 aprile 2018, che rappresenta la formalizzazione del Coordinamento dei responsabili di attività di formazione universitaria in carcere con il precipuo obiettivo di garantire opportunità di percorsi universitari in maniera diffusa, anche in aree geografiche in cui oggi sono assenti o poco strutturate. Grazie ai monitoraggi che la stessa conferenza si occupa di elaborare attraverso i dati comunicati dai referenti presenti in ciascun polo si può rilevare un certo miglioramento nel numero dei detenuti che decidono di intraprendere un percorso di studio. Nei Decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario del 2018<sup>23</sup>, si riafferma ancora una volta l'agevolazione della frequenza e dei compiti inerenti agli studi universitari e tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie. Un profilo di rilievo è costituito dalla modifica (da parte dell'art. 11, comma 1,

---

<sup>21</sup> Cfr. F. PRINA, *Il diritto dei detenuti agli studi universitari: l'esperienza dei Poli universitari penitenziari in Italia*, in [il carcere secondo la Costituzione – XV rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione](#). Come scrive l'A., «di fatto la storia di ciascuno dei Poli o comunque degli impegni delle Università negli istituti penitenziari è storia – spesso casuale – di un incontro tra tre interessi e volontà: gli interessi esplicitati da detenuti o rappresentati alle Università da parte di chi è in contatto con loro (avvocati, volontari, parenti); le sensibilità e volontà di singoli docenti o gruppi di docenti (Facoltà, Dipartimenti); le disponibilità di Direzioni e responsabili PRAP a favorire l'incontro tra detenuti e università e, in alcuni casi, a creare le condizioni per "agevolare" il compimento degli studi dei detenuti interessati».

<sup>22</sup> Si tratta del tavolo tematico dedicato a *Istruzione, cultura e sport*, [Tavolo 9 degli Stati generali dell'Esecuzione Penale](#), il cui obiettivo comune è quello di «ridare significato al tempo dell'esecuzione penale, togliendo a esso la connotazione di tempo sottratto all'esperienza vitale e dotandolo invece della connotazione di tempo di opportunità per un ritrovamento personale. Da qui la necessità di dare al soggetto detenuto la responsabilità di scegliere la propria costruzione di un percorso esercitando nei suoi confronti una funzione di orientamento e, se necessario, di controllo, ma non privandolo della possibilità di scelte». In tema, cfr. M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 marzo 2016.

<sup>23</sup> Si tratta dei decreti legislativi del 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124 di attuazione alla legge delega 23 giugno 2017, n. 103.

lett. *p* del decreto legislativo n. 123 del 2018) dell'art. 42, riguardante i trasferimenti dei detenuti, con l'introduzione, in primo luogo, dell'esigenza di considerare lo studio tra i criteri rilevanti per la disposizione di trasferimenti e, in secondo luogo, della «necessità di dare risposta entro termini ragionevoli, alle richieste di trasferimento per motivi di studio, ad esempio per poter frequentare un corso di laurea in una università che offra questa opportunità ai detenuti che si trovano in un determinato carcere»<sup>24</sup>. La realizzazione di condizioni idonee all'esercizio del diritto allo studio delle persone detenute, tuttavia, non può contare esclusivamente su azioni di volontariato, occorrendo interventi organici, promossi nell'ambito di efficaci politiche pubbliche, che, tuttavia, al momento non trovano espressione anche, e soprattutto, a causa del peso di rilevanti carenze culturali.

### *3. Diritti dei detenuti, funzione rieducativa della pena e proposte di riforma in senso regressivo*

La scarsa attenzione politica per i diritti all'istruzione e allo studio dei detenuti acquista una specifica connotazione nel contesto del più ampio dibattito pubblico sviluppatosi, negli ultimi anni, intorno alla funzione rieducativa della pena, anche riguardo al tema dell'ergastolo ostativo<sup>25</sup>, sul quale pure sono intervenute alcune importanti pronunce della Corte Edu e della Corte costituzionale, nonché qualche recente novità normativa<sup>26</sup>. Ad essere posto in discussione è lo stesso principio della funzione rieducativa della pena, enunciato dal terzo comma dell'art. 27 Cost., che, in base a quanto previsto in qualche proposta di revisione costituzionale, si vorrebbe ridimensionare, subordinandolo alla «collaborazione del condannato»<sup>27</sup>, o affiancandolo alla «pericolosità sociale del condannato» e alla «sicurezza dei cittadini»<sup>28</sup>. Nella medesima prospettiva si è anche proposto di inserire nell'art. 101 Cost. il riconoscimento di un generale «diritto alla sicurezza»<sup>29</sup>. La rinuncia all'idea del reinserimento sociale del detenuto, dopo la conclusione della pena, o anche solo il suo

---

<sup>24</sup> F. PRINA, *Il diritto dei detenuti agli studi universitari*, cit.

<sup>25</sup> Cfr., nell'ampia letteratura in tema, L. RISICATO, L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ord. 97/2021, in Riv. it. dir. proc. pen., n. 2/2021, 641 ss.; V. ONIDA, Sulle pene perpetue: un confronto a tutto campo sui rapporti fra Corte dei diritti e giurisprudenza interna, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, I diritti umani in prospettiva europea, a cura di A. Saccucci, Napoli, 2021, 692 ss.; G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (curr.), Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale, Atti del Seminario di Ferrara, 25 settembre 2020, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 4/2020; E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI e A. PUGIOTTO, Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis, Torino, 2020; G. FIANDACA, Al posto degli ergastoli, in S. Anastasia, F. Corleone e A. Pugiotto (curr.), Contro gli ergastoli, Roma 2021, 163 ss.; P. MAGGIO, L'equilibrio fra tutela della sicurezza e dignità umana, in C. Brancato, G. Fiume, P. Maggio (curr.), Non solo per amore. In memoria di Francesca Morvillo, Roma, 2022, 185 ss.; ID., Mai più prigionie del silenzio. Il divieto di dialogare con gli altri detenuti viola la dignità dei condannati all'ergastolo (Nota a Corte eur. diritti dell'uomo 16 dicembre 2021, Karpenko), in Il Foro it., VI, 2022, 289 ss.

<sup>26</sup> Corte Edu, Gr. Chambre, 13 giugno 2019, [Viola c. Italia](#), ric. N. 77633/16; Corte cost., ordd. [n. 97 del 2021](#) e n. [227 del 2022](#), con cui si sono restituiti gli atti alla Corte di Cassazione, nel ruolo di giudice rimettente, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, successivamente convertito dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, che è intervenuto sulla disciplina in materia di ergastolo ostativo.

<sup>27</sup> In tal senso si veda la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Cirielli e altri n. AC 116, del 23 marzo 2018 («Modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di responsabilità penale»).

<sup>28</sup> Cfr. la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Meloni e altri n. AC 3154, del 9 giugno 2021 («Modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di funzioni della pena»).

<sup>29</sup> Cfr. la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'on. Meloni e altri n. AC 2954 del 16 marzo 2021 («Modifica all'articolo 101 della Costituzione, in materia di introduzione del diritto dei cittadini alla sicurezza», la quale vorrebbe premettere al primo comma dell'art. 101: «La Repubblica tutela la sicurezza dei cittadini»).

ridimensionamento rivelano una visione riduttiva dei diritti fondamentali e del principio personalista, coerente con una concezione populista del rapporto tra autorità e libertà che, sul versante delle pretese punitive dell'ordinamento, si traduce nelle forme di quello che è stato definito un *diritto penale del nemico*<sup>30</sup>. Una visione, quest'ultima, in base alla quale la dignità umana non è qualcosa che deve resistere a ogni altra esigenza, pur costituzionalmente rilevante, ma, al contrario, un bene condannato a recedere sistematicamente rispetto a istanze di sicurezza. Le proposte di revisione del testo costituzionale orientate da tale spirito prospettano riforme *regressive* di dubbia costituzionalità<sup>31</sup>. I rischi insiti in tale visione sono notevoli, riguardando essi non soltanto il profilo della funzione della pena ma l'intero ventaglio dei diritti fondamentali. La rinuncia a conformare la sanzione penale nei termini di un percorso di rieducazione porta con sé, quale probabile conseguenza, il ridimensionamento e la svalutazione di tutte le altre situazioni giuridiche di rango costituzionale spettanti alle persone soggette a limitazioni della libertà personale, primo fra tutti il diritto allo studio. In sostanza, escludendosi l'idea che l'esercizio dei diritti fondamentali possa costituire anche un'indispensabile condizione per il realizzarsi della stessa rieducazione del condannato, si finisce con il negare l'esercizio dei diritti presupponendo quasi una penalizzante funzionalizzazione degli stessi a uno scopo irraggiungibile. Indicativo di questo ribaltamento è il caso, verificatosi nella prima fase della pandemia, di un detenuto, già in possesso di due lauree e frequentante un master, al quale il Tribunale di sorveglianza di Bologna ha negato la detenzione domiciliare, richiesta per motivi di salute, non soltanto per ragioni attinenti alla compatibilità del suo stato di salute col regime carcerario, ma anche per la convinzione che la laurea conseguita in carcere e la frequentazione di un master per giurista di impresa potessero «affinare le indiscusse capacità del ricorrente e dunque gli strumenti giuridici a sua disposizione per reiterare condotte illecite in ambito finanziario ed economico»<sup>32</sup>. L'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid-19 ha, poi, ulteriormente limitato, in concreto, le possibilità per i detenuti di esercitare il loro diritto allo studio, aggravando la loro condizione di vulnerabilità<sup>33</sup>. Il tema della rieducazione dei detenuti, in rapporto ai diritti fondamentali di questi ultimi, tuttavia, non può continuare a essere trascurato, sia perché la mancanza (ispirata anche da una malintesa idea di sicurezza) di politiche pubbliche orientate a dare concreta attuazione all'art. 27, comma 3, Cost. finisce paradossalmente con il riflettersi in senso negativo proprio sulle esigenze di sicurezza, allorché i condannati, privati dei diritti riconosciuti loro dalla Costituzione, scontata la pena, debbano comunque tornare in libertà, sia perché le carenze riscontrabili in tale ambito rischiano di alimentare un più ampio processo involutivo, sul piano culturale, che coinvolge i diritti e la dignità di tutti.

---

<sup>30</sup> Sul diritto penale del nemico G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. D. Valitutti, Napoli, 2019. Cfr., in tema, cfr. anche M. Donini e M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; A. Gamberini e R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 304 ss.; V. FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto*, in *Questione Giustizia*, 2006, 699 ss.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, ivi, 2006, 797 ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Il diritto penale del nemico*, in *Ordines*, n. 1/2016, 315 ss.; T. PADOVANI, *Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, 4. *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014.

<sup>31</sup> Sul punto si rinvia a G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano 1987, 1206 e, ora, ad A. MORELLI, *Togliere la parola razza dalla Costituzione? Ragioni e rischi di una revisione simbolica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2021, 461 ss.

<sup>32</sup> Cfr. A. ARGHITTU e L. FARNETI, *Diritto allo studio in carcere e funzione rieducativa della pena: riflessioni a margine del caso Crisci*, al [sito](#) web di *Extrema Ratio*, 16 giugno 2022.

<sup>33</sup> V. [Il carcere al tempo del coronavirus, XVI Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione.](#)

## Opportunità della co-programmazione e della co-progettazione in Sicilia

**ABSTRACT: *The article highlights how it would be useful if Sicily, as part of measures to promote the territory, the community and the Third Sector, were to equip itself with a regulatory instrument that regulates co-planning and co-programming, as other Regions have begun to do.***

Con il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, noto come Codice del Terzo Settore (CTS), si è registrato un rilevante impulso ed un rinnovato interesse per i temi della co-programmazione e della co-progettazione, istituti che rappresentano una concreta attuazione del modello di amministrazione condivisa basato sul principio di sussidiarietà sancito dal comma 4 dell'art. 118 della Costituzione.

Un vero e proprio *metodo dell'amministrare* nel quale le istituzioni favoriscono «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale» e i cittadini, mettendo a disposizione le proprie risorse, collaborano con la Pubblica Amministrazione quali soggetti attivi (*co-amministratori*) dei processi di ideazione, programmazione, progettazione ed esecuzione di tali attività.

In questo contesto normativo, il richiamato Codice del Terzo Settore ha, di fatto, avviato una nuova stagione, che, partendo da quanto già sperimentato (non sempre positivamente) nell'ambito delle politiche di *welfare* locale (l. 8 novembre 2000, n. 328 – piani di zona – distretti socio sanitari), ha ampliato l'ambito di applicabilità di questi istituti a tutte quelle iniziative e servizi riconducibili alla categoria delle attività di interesse generale così come declinate all'art. 5 comma 1) del Codice stesso.

L'art. 55 del CTS, infatti, pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, «nel rispetto dei principi della l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona», il coinvolgimento attivo degli Enti di Terzo Settore (ETS) nella *co-programmazione*, nella *co-progettazione* e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi.

Gli ETS sono identificati dal CTS come un insieme limitato di soggetti giuridici privati ma sottoposti a un sistema pubblicistico di registrazione (art. 11), il Registro unico nazionale del Terzo settore, e a rigorosi controlli (articoli da 90 a 97). Gli ETS, volti a «perseguire il bene comune» (art. 1), sono costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale (art. 4) mediante, appunto, lo svolgimento di una o più «attività di interesse generale» (art. 5).

In questo quadro, peraltro confermato nel suo impianto dalla sentenza della Corte costituzionale [n. 131 del 2020](#), co-programmazione, co-progettazione ed accreditamento si affermano come istituti che orientano i rapporti tra pubbliche amministrazioni ed Enti di Terzo Settore, nell'ottica della collaborazione; un'ottica che, sia pure nella distinzione delle responsabilità e delle funzioni, appare certamente più efficace in tutte quelle occasioni in cui è necessario attivare le risorse del territorio, valorizzare le creatività, socializzare e condividere opportunità. Non si tratta, sia chiaro, di derogare ai principi di terzietà e di trasparenza a cui si informa l'azione della pubblica amministrazione, quanto, piuttosto, partendo da

---

\* Direttore del Centro Servizi per il Volontariato di Messina ed esperto in Terzo Settore.

procedimenti ad evidenza pubblica, di chiamare a raccolta le migliori risorse del territorio per rispondere in modo efficace alle esigenze della comunità.

In questi anni l'esperienza della co-programmazione, seppure non sempre strutturata con modalità adeguate ad assicurare il pieno coinvolgimento degli attori in gioco, è stata certamente alla base della pianificazione sociale di zona e, soprattutto in questo ambito, appare consolidata come metodologia di lavoro. La lettura dei bisogni, l'individuazione delle priorità, la definizione del tipo di interventi, l'individuazione delle risorse sono sempre oggetto di condivisione tra i diversi soggetti pubblici e di Terzo Settore che operano per l'interesse generale. In riferimento a questo istituto appare utile sottolineare che ad esso si potrebbe ricorrere anche per altri ambiti e settori, tenuto conto delle molteplici attività di interesse generale che una lettura congiunta dei bisogni, delle risorse e delle opportunità potrebbe individuare in misura ampia e congruente con le realtà comunitarie.

Anche le esperienze della co-progettazione in questi anni hanno trovato spazio nelle prassi amministrative, soprattutto per l'attivazione di servizi rivolti alla presa in carico di persone migranti, rifugiati, richiedenti asilo. Si tratta per lo più di forme di co-progettazione finalizzate, da un lato, ad attivare nuove opportunità mediante il ricorso alle competenze di progettazione sociale diffuse negli Enti di Terzo Settore e spesso assenti nelle pubbliche amministrazioni, e dall'altro lato, alla individuazione (tra i partecipanti/concorrenti) di un solo ente, il quale, conclusa la fase di progettazione, diventa l'ente attuatore del progetto o del servizio.

La co-progettazione delineata nel richiamato art. 55 del CTS è tuttavia qualcosa di più. Implica, infatti che l'ente pubblico responsabile degli interventi in un settore di interesse generale, eventuali altri enti pubblici, comunque, competenti e gli Enti del Terzo Settore che desiderano prendere parte ai lavori avendone i requisiti *lavorino congiuntamente* sia per definire sia per realizzare le azioni da farsi. Si valorizza così l'integrazione tra una pluralità di soggetti – enti pubblici, imprese sociali, volontariato, associazionismo – che scelgono di operare in modo sinergico, condividendo risorse ed opportunità, allo scopo di dare risposta a specifici bisogni sociali, attraverso l'iniziativa concreta e condivisa degli attori coinvolti.

Sperimentazioni in questo ambito si registrano anche in Sicilia, soprattutto in quei Comuni le cui Amministrazioni si sono dotate di Regolamenti per la cura, la rigenerazione e la gestione dei beni comuni, attivando così Patti di collaborazione tra cittadini, enti e soggetti pubblici.

Il modello operativo si deve al Laboratorio di Sussidiarietà ([Labsus](#)), promosso e ideato dallo studioso Gregorio Arena. I regolamenti che disciplinano le forme di collaborazione tra i cittadini e l'amministrazione, finalizzate alla cura, alla rigenerazione e alla gestione condivisa dei beni comuni, i Patti di collaborazione, rappresentano l'accordo mediante il quale uno o più cittadini attivi, organizzazioni di Terzo settore e un soggetto pubblico definiscono i termini della collaborazione stessa. Secondo l'[elenco disponibile](#), sono 23 le amministrazioni locali siciliane che si sono dotate di questo strumento amministrativo.

Altro ambito nel quale si iniziano a sperimentare, anche in Sicilia, forme di co-progettazione è quello delle misure collegate al Piano di ripresa e resilienza. Le amministrazioni locali, in alcune occasioni, prediligono questo strumento per garantire il coinvolgimento del Terzo settore che, pur non essendo (tranne rari casi) direttamente coinvolto nella gestione dei fondi, risulta partner importante per le competenze progettuali e gestionali, in particolare per la Missione 5 del PNRR, quella relativa all'inclusione sociale.

Resta deficitaria, in questo senso, l'esperienza della pianificazione sociale di zona. Le linee guida regionali, anche le ultime di recente pubblicazione che richiamano quelle precedenti del 2021, non fanno riferimento a tali procedure, limitandosi ad un generico "coinvolgimento del Terzo Settore".

Co-programmazione e co-progettazione sono istituti il cui utilizzo ha indubbiamente valore per tutti gli attori coinvolti. Ricorrendo a queste procedure amministrative si favorisce una maggiore condivisione delle politiche pubbliche, si riduce potenzialmente il ricorso a contenziosi e, soprattutto, la dinamica partecipativa garantisce il potenziamento degli interventi nel territorio, innovando l'offerta e dando così risposte più adeguate ai bisogni della comunità.

Per questi motivi, a parere di chi scrive, sembrerebbe utile che anche la Sicilia, nell'ambito di misure di promozione del territorio, della comunità e del Terzo settore si dotasse di uno strumento normativo che disciplini questi istituti, come altre Regioni hanno iniziato a fare (ad esempio la Toscana con la legge regionale 22 luglio 2020, n. 65), con indubbi vantaggi per ciò che concerne la certezza delle procedure e la loro efficacia.



ELENA GIRASELLA\*

**Tutti gli esseri umani hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge.  
Il riconoscimento del diritto allo studio in favore dei non cittadini, rifugiati e migranti  
richiedenti asilo**

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sull'importanza dell'accesso all'alta formazione per i migranti. – 2. Il riconoscimento del diritto allo studio in favore dei rifugiati e dei migranti richiedenti asilo. – 3. Margini di effettivo esercizio del diritto allo studio in favore dei rifugiati e dei migranti richiedenti asilo a partire dal sistema di riconoscimento dei titoli già in loro possesso. – 4. Conclusioni.

**ABSTRACT: Based on the recognition of universal social rights, this contribution provides an analysis of the recognition and practical exercise of the right to education for migrants. In terms of guarantees, it demonstrates the value of the Italian and European regulatory framework, ensuring access to higher education even in the absence of documentation, an instance that affects the migrant population. Concerning practical access to higher education, the work reveals the role of universities in recognizing qualifications and facilitating academic, and thus social, inclusion pathways for refugees and asylum seekers.**

*1. Considerazioni preliminari sull'importanza dell'accesso all'alta formazione per i migranti*

Ragionare sull'importanza *erga omnes* dell'accesso all'alta formazione significa ribadire un assunto che non ha certo bisogno di essere dimostrato. Farlo con riferimento specifico alle persone con *background* migratorio o ancora in migrazione suggerisce però la necessità di soffermarsi a ragionare su alcuni aspetti peculiari. Non sfuggano quelli che possono derivare dalla situazione personale dei diretti interessati, per il carico emotivo di un vissuto a dir poco difficile e per la stessa difficoltà ad affrontare un futuro non meno precario. Nell'economia del presente lavoro questa considerazione generale resta sullo sfondo di un'analisi che ha la finalità di porre in evidenza come il riconoscimento e l'effettivo esercizio del diritto allo studio per i migranti dipenda, nel nostro contesto, proprio dalle tutele costituzionali poste in tal senso. Tutele che il legislatore ha il compito di tradurre in politiche la cui disciplina appare di importanza sempre crescente. In via preliminare occorre, inoltre, soffermarsi sulla distinzione tra gli status considerati, i cui aspetti definitivi fanno da discriminare anche rispetto alle misure di sostegno ipotizzabili e introdotte<sup>1</sup>. Nelle more del riconoscimento della protezione internazionale, infatti, il migrante richiedente asilo è esposto ad una condizione di massima precarietà correlata alla stessa precarietà delle condizioni di accoglienza. Nel caso di interesse relativo all'accesso al diritto allo studio, ad esempio, si pensi al rischio di dover interrompere la formazione in caso di trasferimento o fuoriuscita da un determinato centro di accoglienza

---

\* Dottoressa di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina.

<sup>1</sup> Il contributo propone riferimenti minimi in ragione della sintesi richiesta. Sul riconoscimento dello *status* di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951 e gli ulteriori e differenti aspetti che attengono alla più ampia platea degli aventi diritto all'asilo *ex d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, G. FAMIGLIETTI, Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, 2021, 41 ss.

che non di rado può comportare il cambio di città o regione<sup>2</sup>. La scelta di intraprendere un percorso di studi nel Paese di approdo, considerate le esigenze primarie da dover soddisfare, presuppone evidentemente che vi sia un'elevata motivazione in tal senso spesso legata ad un vissuto in cui la persona in parola aveva già provato ad investire nella propria formazione, magari acquisendo dei titoli utili ad esercitare mansioni lavorative ad alta professionalità. Ciò conduce alla dimensione della questione che si intende prendere in esame, quella che attiene al riconoscimento dei titoli di studio e delle qualifiche. Si tratta di un'area di interesse di fondamentale importanza dal momento che, se ben organizzata e messa in pratica dalle diverse realtà istituzionali interessate, formative e non, consente di valorizzare le conoscenze e le competenze pregresse, massimizzandone la valenza sia per i diretti interessati che per le società di accoglienza. I migranti cioè possono capitalizzare un bagaglio che verrebbe altrimenti smarrito o riprendere un percorso senza disperdere i passi già compiuti, proseguendo più o meno esattamente dal punto in cui sono stati costretti a fermarsi; i contesti di accoglienza possono beneficiare della presenza di professionalità preparate e disponibili ad accrescere il livello di competitività del mercato del lavoro a fronte di un sostegno alla formazione pregressa dei migranti grazie ad investimenti compiuti in e da altri Paesi. L'acclarata esistenza di mutui benefici, personali e collettivi, locali e globali, ruota attorno a diverse considerazioni che l'Organizzazione delle Nazioni Unite, nell'ultimo summit dedicato alla formazione, riassume ricordando che «*Appropriate policy and legislative measures and inclusive curriculum and learning materials are also important to protect rights, promote inclusion, prevent and address all forms of violence, stigma, discrimination, and exclusion, as well as to support learners' nutrition, and physical and mental health*». Sul piano operativo, la voce dei giovani riuniti al summit chiede non a caso ai «*decision-makers to eradicate all legal, financial, and systemic barriers preventing all learners, particularly migrant, refugee, and displaced youth, from accessing and fully participating in education - such as lack of recognition of prior learning, lack of recognition of academic documents, barriers related to transitioning from one level of education to another, and more*»<sup>3</sup>. Si tratta di considerazioni che riguardano un'importante platea di persone. Per dare una dimensione appropriata della realtà cui ci si riferisce, la fonte più autorevole e attendibile è di certo l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) le cui stime più complete pubblicate nel 2019 evidenziano il persistere di una grave crisi educativa già a partire dall'istruzione di base: globalmente solo il 77% dei bambini rifugiati frequenta la scuola elementare e di questi solo il 31% ha poi accesso alla scuola secondaria. Con particolare riguardo all'accesso all'alta formazione universitaria da parte dei rifugiati, la percentuale si attesta al 3%<sup>4</sup>. Un dato sconcertante che l'UNHCR sta cercando di moltiplicare attraverso la «*15by30 Roadmap*» vale a dire una vasta campagna di sensibilizzazione che ha l'obiettivo di raggiungere entro il 2030

---

<sup>2</sup> Per una descrizione circa le modalità di gestione delle diverse fasi dell'accoglienza in seno all'attuale Sistema Accoglienza e Integrazione (SAI), già Sistema di protezione richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) e Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati (SIPROIMI) e le ultime stime sulla tempistica utile alla conclusione dell'iter di definizione della domanda di protezione internazionale, G.C. BLANGIARDO, E. CODINI, M. D'ODORICO, G. GILARDONI, A. MENONNA e S. MORLOTTI, *Beneficiari di protezione internazionale ed integrazione in Italia – NIEM National Report, 2022*, 4 ss.

<sup>3</sup> United Nations, *Report on the 2022 Transforming Education Summit*, January 2023, 14.

<sup>4</sup> Dati e relativi commenti in UNHCR, *Coming Together For Refugee Education*. Education Report 2020, 9. Inoltre, per un approfondimento sull'accesso alla formazione da parte dei rifugiati anche dal punto di vista della sostenibilità economica di tali scelte politiche, WORLD BANK-UNHCR, *The Global Cost of Inclusive Refugee Education*, January 2021.

la percentuale di almeno il 15% di rifugiati inseriti in percorsi accademici e di alta formazione<sup>5</sup>. Ad oggi, le statistiche più aggiornate, sempre a cura dell'UNHCR, restituiscono un dato globale circa gli studenti rifugiati immatricolati nell'anno accademico 2020-2021 pari al 6%. I dati sull'istruzione primaria passano, per lo stesso periodo di riferimento, al 68%; quelli relativi all'istruzione secondaria crescono fino al 37%<sup>6</sup>. Superato lo sconforto iniziale, dunque, questi riferimenti possono essere letti positivamente se si guarda al loro sviluppo nel tempo e, inoltre, se consideriamo la tendenza, incoraggiano l'intero mondo universitario a rivestire un ruolo certamente sempre più rilevante, capace di favorire una lettura della questione relativa all'accesso dei migranti all'alta formazione trasformando la percezione della loro inclusione da problema in concreta opportunità.

## *2. Il riconoscimento del diritto allo studio in favore dei rifugiati e dei migranti richiedenti asilo*

Il titolo del presente contributo si spinge fino a proporre una parafrasi dell'art. 3 della nostra Costituzione al fine di rendere l'impostazione del ragionamento circa il riconoscimento dei diritti sociali al di là di ogni status legato alla cittadinanza. Con riferimento più specifico all'oggetto di analisi (e ai Soggetti cui è dedicata), la sua naturale prosecuzione logica potrebbe essere oltretutto ben resa attraverso le parole di Enrica Rigo per cui «il posto delle migrazioni è, quindi, quello di chi chiede di essere ammesso alla “comunità dei diritti”»<sup>7</sup>.

Sebbene la normativa italiana non possa essere annoverata tra quelle maggiormente illuminate e aperte alle istanze sociali di inclusione dei migranti<sup>8</sup> è proprio la Costituzione a fungere da baluardo contro ogni discriminazione a loro danno per la fruizione dei diritti fondamentali e dei diritti sociali tra questi<sup>9</sup>. La lettura dell'art. 10 in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 restituisce la cornice entro cui ancorare la disciplina di maggior favore da accordare anche ai migranti rifugiati e richiedenti asilo, andando oltre quel legame stabile con il territorio che non rileva al caso di specie. In questo senso la giurisprudenza costituzionale appare consolidata<sup>10</sup> e con la revisione dell'art. 117, inoltre, la copertura costituzionale si apre

---

<sup>5</sup> UNHCR, *Education 2030: A Strategy for Refugee Education*, 2019.

<sup>6</sup> UNHCR, *DAFI Annual Report 2021: Higher Education: Now is the Time*, 2022, 14.

<sup>7</sup> E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma, 2007, 36.

<sup>8</sup> Pensiamo ad esempio alla l. 5 febbraio 1992, n. 91, che regola i casi di acquisizione della cittadinanza che, come messo in luce tra gli altri da Alessio Rauti, spicca per aver comportato addirittura un arretramento sul fronte dell'inclusione degli stranieri immigrati in Italia rispetto alla precedente disciplina di cui alla l. 13 giugno 1912, n. 555. Rif. A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentazione politica e fini costituzionali*, Napoli, 2020, 127 ss.

<sup>9</sup> Nel rispetto della brevità del saggio si propone un unico riferimento dottrinale, preferito ai pur numerosi e più recenti per autorevolezza e profondità, A. RUGGERI, [I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza](#), in [Consulta OnLine 2017/II](#), 364 ss.

<sup>10</sup> L'assunto per cui la condizione giuridica dello straniero sia da intendersi costituzionalmente ancorata al principio di eguaglianza è ribadito con costanza dalla Consulta sin da una delle prime sentenze in proposito quando, al punto 2 del considerato in diritto di cui alla sent. [n. 120/1967](#), ricorda che il principio di eguaglianza è «garantito anche allo straniero dall'art. 3 della Costituzione italiana in connessione, come si è detto, con l'art. 2 della Costituzione stessa e con le norme di diritto internazionale». Per un approfondimento circa il dibattito scaturito dalla sentenza citata in relazione al concetto definitorio di «diritti fondamentali dell'uomo», cui si riferisce, si vedano, ad esempio, M. LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in [Rivista AIC](#), n. 1/2016, 7 ss.; A. GIORGIS, M. LOSANA e E. GROSSO, *Diritti uguali per tutti?: gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, 2017.

e si integra con i principi sanciti dal diritto internazionale<sup>11</sup>. Tra questi, i riferimenti principali si rinvergono ai sensi della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 il cui art. 26 sancisce l'universalità del diritto all'istruzione, introducendo anche il riferimento all'accesso ai più elevati livelli di formazione in base al merito. Qualche anno più tardi anche la Convenzione di Ginevra del 1951 (e successivo Protocollo addizionale di New York del 1967) sancisce il medesimo diritto con riferimento ai rifugiati, i quali, ai sensi dell'art. 22, vengono equiparati ai cittadini per ciò che attiene l'istruzione di base mentre dovranno godere del

«trattamento più favorevole possibile e, comunque, non meno favorevole di quello accordato nelle stesse circostanze agli stranieri in generale, in relazione agli studi, la convalida di certificati di studio, di diplomi e studi universitari conseguiti all'estero, l'esenzione delle tasse e la concessione di borse di studio».

È in tale cornice che giova quindi ricordare le previsioni di cui all'art. 2 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. Immigrazione) ai sensi del quale

«allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

È vero che i diritti sociali sfuggono dal novero dei diritti umani sanciti dalle convenzioni internazionali<sup>12</sup> ma ciò non si ritiene riferibile ad una qualche lacuna del sistema giuridico internazionale quanto alla natura intrinseca degli stessi diritti sociali la cui tutela, sul piano delle enunciazioni e nel loro concreto esercizio, non può che risiedere entro gli ordinamenti nazionali.

Lo scarto tra il sistema di garanzia multilivello appena sopra accennato, la conseguente massima espansione dei diritti spettanti alle persone in quanto tali e l'effettivo esercizio degli stessi si gioca infatti, con riferimento particolare ai diritti sociali, sul piano preminente della sostenibilità economica<sup>13</sup>.

Così, se sul piano del loro riconoscimento anche in favore dei migranti non sussistono limitazioni di sorta, sul piano dell'effettiva tutela occorre sottolineare l'importanza di garantire un sistema adeguato, non solo o non soltanto di tipo economico-finanziario ma anche, forse soprattutto, di tipo organizzativo. I diritti sociali «sono diritti il cui godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea all'erogazione della prestazione

---

<sup>11</sup> Con l'art. 117 comma 1, per come riformulato dalla legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, si sancisce la centralità della fonte internazionale in rapporto a quella interna secondo quel meccanismo che gli esperti non lesinano a giudicare innovativo, introdotto con la sent. della Corte costituzionale [n. 349 del 2007](#) che, unitamente alla «sentenza gemella» [n. 348 del 2007](#) introduce il criterio della doppia pregiudizialità in virtù della quale la Carta EDU si considera dotata di copertura costituzionale. In argomento, D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, cui si rimanda anche per gli ulteriori commenti a sentenza e, più di recente, AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022, riferimenti in particolare nei saggi ivi contenuti di R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, 62 ss. e G. PISTORIO, *La rimessione alla Corte costituzionale anche per contrasto con la CEDU e/o con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 177 ss.

<sup>12</sup> Guido Corso ricorda in proposito che pur «quando sono previsti, come nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, sono privi di effettività» data la mancata previsione di organi preposti al controllo della loro effettiva tutela, G. CORSO, *La protezione costituzionale dei diritti sociali*, Roma, 2019, 275.

<sup>13</sup> In particolare, sul preminente valore della massima espansione dei diritti, G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 ottobre 2018.

oggetto dei diritti stessi»<sup>14</sup> e, nel caso del diritto allo studio, questo significa innanzitutto che le singole istituzioni formative sono chiamate a realizzare al proprio interno strategie organizzative mirate, senza le quali i migranti in parola molto difficilmente riuscirebbero a beneficiarne utilmente.

A ricordare agli Atenei che il diritto allo studio non deve soffrire alcuna forma di discriminazione è proprio la Consulta che di recente si è espressa con una sentenza che giova riprendere ai fini del ragionamento proposto sia per l'esito che la pronuncia comporta che per le argomentazioni offerte dalla Corte, il cui tenore approfondisce gli spunti già indicati. Il riferimento è alla sent. [n. 42 del 2021](#)<sup>15</sup>, che qui si prende in considerazione per la parte che attiene al giudizio di legittimità costituzionale rispetto all'art. 15, comma 1, della l. prov. Trento n. 23 dicembre 2019, n. 13, che introduceva il comma 4-bis nell'art. 2 della l. prov. Trento n. 29 dicembre 1993, n. 29, ai sensi del quale era prevista «una riserva di un numero di posti non inferiore al 10 per cento per candidati residenti in provincia di Trento, nell'ipotesi di parità di merito con candidati non residenti», con riferimento ai test di ingresso ai corsi universitari dell'Ateneo trentino. A sostegno del pieno riconoscimento del diritto allo studio vale la pena riportare quasi per esteso quanto esposto dalla Consulta al punto 6.3:

«La disposizione impugnata incide oggettivamente sui termini di godimento del diritto allo studio universitario (...). Secondo l'orientamento costante di questa Corte, disposizioni legislative che individuino nella residenza più o meno prolungata in un determinato territorio la condizione o anche solo un elemento di favore per l'accesso a determinate prestazioni (sentenze [n. 9 del 2021](#), [n. 281](#) e [n. 44 del 2020](#), [n. 166 del 2018](#)) o per l'ammissione a procedure selettive (sentenza n. 151 del 2020) superano il vaglio di legittimità soltanto se mostrano una idonea e ragionevole correlazione con la funzione e la finalità dei servizi o delle prestazioni il cui godimento è inciso dalle disposizioni oggetto di esame. Nel caso di specie, non può intravedersi alcuna ragionevole correlazione tra il requisito della residenza nel territorio provinciale e l'accesso ai corsi universitari».

Si tratta di una sentenza che è possibile annoverare tra quelle che più di tutte incarnano la visione universalista dei diritti che è utile rimarcare per ribadire come «il fondamento normativo delle prestazioni sociali non contributive sia la solidarietà tra membri appartenenti a una medesima comunità»<sup>16</sup>. È una sentenza, inoltre, che argomenta la stessa importanza del riconoscimento del diritto allo studio oltre il nucleo centrale dell'istruzione di base, ricordando le previsioni costituzionali di primario riferimento:

«Questa Corte ha già chiarito che il diritto allo studio “comporta non solo il diritto di tutti di accedere gratuitamente alla istruzione inferiore, ma altresì quello – in un sistema in cui ‘la scuola è aperta a tutti’ (art. 34, primo comma, della Costituzione) – di accedere, in base alle proprie capacità e ai propri meriti, ai ‘gradi più alti degli studi’ (art. 34, terzo comma): espressione, quest'ultima, in cui deve ritenersi incluso ogni livello e ogni ambito di formazione previsti dall'ordinamento” (sentenza [n. 219 del 2002](#)). Al godimento del diritto allo studio si correla funzionalmente la stessa autonomia attribuita dall'art. 33, sesto comma, Cost., alle università, che infatti non assume rilievo unicamente per i profili organizzativi interni, ma

---

<sup>14</sup> F. Modugno (cur.), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 647.

<sup>15</sup> A commento, V. DESANTIS, *Il requisito della residenza in rapporto all'accesso al diritto allo studio: la sent. n. 42/2021 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 130 ss.

<sup>16</sup> D. STRAZZARI, *Federalismo e Immigrazione. Un'indagine comparata*, Trento, 2020, 255. Contributo cui si rimanda anche per gli approfondimenti relativi alle precedenti pronunce della Corte costituzionale attinenti all'accesso alle prestazioni sociali in rapporto al requisito della residenza in cui l'autore nota una costanza di giudizio almeno fino al 2013 per poi mettere in luce alcuni casi da cui assumere una qualche oscillazione, perlomeno con riguardo all'erogazione di talune prestazioni correlate a bisogni non sostanziali.

anche per il “rapporto di necessaria reciproca implicazione” con i diritti costituzionalmente garantiti di accesso all’istruzione universitaria (sentenze [n. 42 del 2017](#) e [n. 383 del 1998](#))».

È una sentenza, infine, che fa esplicito riferimento all’importanza di riconoscere il diritto allo studio universitario senza limitazioni e nel pieno rispetto del principio di uguaglianza:

«Assumere che il requisito della residenza possa operare come criterio di favore nelle circostanze indicate, pertanto, non solo non trova giustificazione nelle finalità che il diritto ad accedere ai corsi universitari persegue, che sono legate al rafforzamento della capacità e del merito individuali, ma contraddice anche la naturale vocazione dell’istituzione universitaria a favorire la mobilità, oltre che dei docenti, anche degli studenti, al fine di incentivare e valorizzare le attività sue proprie e la loro tendenziale universalità».

Il richiamo alla mobilità di docenti e studenti quale elemento di arricchimento del sistema non solo della formazione ma sociale, per le ricadute in termini di crescita e sviluppo che il primo comporta a livello più generale, stride con le limitazioni alla mobilità umana che proprio i processi migratori di questo secolo scontano in una maniera a dir poco brutale. A contrario, sugellare il riconoscimento del diritto allo studio con riferimento al valore della mobilità incoraggia una lettura del dispositivo proprio a sostegno delle situazioni soggettive che poniamo in capo ai migranti, rafforzando il nesso tra inclusione accademica e inclusione sociale che l’effettivo esercizio del diritto allo studio può essere in grado di determinare.

### *3. Margini di effettivo esercizio del diritto allo studio in favore dei rifugiati e dei migranti richiedenti asilo a partire dal sistema di riconoscimento dei titoli già in loro possesso*

L’indagine sulle concrete opportunità di esercizio del diritto allo studio riconosciuto ai migranti può essere condotta attraverso due direttrici parallele: da un lato, come preme evidenziare, importa descrivere ed analizzare il sistema relativo al riconoscimento dei titoli di studio già in loro possesso all’atto di riprendere gli studi nel Paese di accoglienza e dall’altro lato si può guardare alle condizioni di inclusione realmente offerte ai migranti titolati ad avere accesso alla formazione universitaria<sup>17</sup>. Questo contributo approfondisce esclusivamente la prima questione che necessita di essere da subito complicata in relazione alle peculiari condizioni con cui avviene gran parte dell’attuale migrazione verso l’Europa da Paesi terzi, caratterizzata da irregolarità foriere di drammatiche condizioni di viaggio e arrivo, cui si accenna qui al solo fine di mettere in evidenza la vasta casistica di migranti impossibilitati a produrre documenti ed evidenze formali circa i propri studi pregressi. Inoltre, proprio nel caso dei migranti rifugiati e richiedenti asilo bisogna tenere in debita considerazione le limitate possibilità, talvolta l’impossibilità, di recuperare lo storico attraverso i legami recisi proprio in ragione della necessità di rimanere sotto la protezione dello Stato di accoglienza e di evitare qualsiasi contatto con il Paese di origine al fine di scongiurare il fondato timore di essere perseguitati.

---

<sup>17</sup> Si tratta di una tematica su cui non vi è ancora molta letteratura. Per un approfondimento di taglio sociologico si rimanda a F. SCARDIGNO, *L’integrazione accademica dei rifugiati tra credenzialismo e valorizzazione dell’informal education*, in M. COLOMBO e F. SCARDIGNO, *La formazione dei migranti adulti, rifugiati e minori non accompagnati: una realtà necessaria*, Milano, 2019, 125 ss. Per un approfondimento a partire da una ricostruzione del contesto normativo di riferimento sia consentito rimandare a E. GIRASELLA, *Accesso dei migranti alla formazione universitaria, diritto sociale e politiche di integrazione*, in F. Astone, A. Lupo, V. Prudente e A. Romeo (curr.), *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, Napoli, 2019, 235 ss.

La normativa nazionale di riferimento attualmente in vigore discende dal decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999, n. 394<sup>18</sup> ed è stata aggiornata in tal senso nel 2014 con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, che ha modificato il d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, emanato in attuazione della direttiva 2004/83/CE, aggiungendo all'art. 26 il comma 3-*bis* al fine di consentire alle amministrazioni competenti di individuare le modalità più opportune per effettuare il riconoscimento dei titoli e delle qualifiche «anche in assenza di certificazione da parte dello Stato in cui è stato ottenuto il titolo, ove l'interessato dimostra di non poter acquisire detta certificazione».

Per capire quali sono le amministrazioni competenti occorre allora delineare il sistema di riconoscimento a partire dall'impianto sovranazionale di riferimento. L'atto normativo cui riferirsi per la disciplina del riconoscimento dei titoli di studio, di più stretto interesse per questo studio rispetto al riconoscimento delle qualifiche, è la Convenzione di Lisbona del 1997<sup>19</sup>. Da essa si ricava l'attribuzione alle Università della competenza al riconoscimento dei titoli di studio per l'accesso all'istruzione superiore (art. 2). Una competenza che, stando alla richiamata norma di legge, gli atenei devono esercitare «nell'ambito della loro autonomia e in conformità ai rispettivi ordinamenti, fatti salvi gli accordi bilaterali in materia»<sup>20</sup>. A supporto delle Università opera in tal senso anche il CIMEA (Centro di Informazione sulla Mobilità e le Equivalenze Accademiche) che adotta le pratiche condivise a livello di rete ENIC (Rete Europea dei Centri Nazionali di Informazione sulla mobilità accademica ed il riconoscimento) del Consiglio d'Europa e NARIC (National Academic Recognition Information Centres) dell'Unione europea<sup>21</sup>. La procedura deve essere compiuta caso per caso in quanto si tratta di un «riconoscimento finalizzato». Ogni qualifica deve essere cioè valutata singolarmente e in funzione dello scopo per cui è richiesto il riconoscimento che è gratuito nel caso in cui i richiedenti siano già in possesso dello status di rifugiato, a pagamento in tutti gli altri casi, anche se il richiedente dovesse essere beneficiario di una forma più debole di protezione internazionale o richiedente asilo. Il CIMEA si avvale dell'innovativa tecnologia *blockchain* attraverso la quale ha sviluppato il servizio «*diplome*» utile a ciascun richiedente a caricare le proprie attestazioni, anche non accademiche, per consentire una verificabilità diretta dell'autenticità del titolo di studio del migrante, che diventa anche il titolare delle proprie dichiarazioni, riducendo così in qualche modo il rischio di produzioni mendaci o non autentiche di titoli<sup>22</sup>. A seguito di detta procedura, il CIMEA rilascia l'«attestato di

---

<sup>18</sup> Il riferimento è al Capo VII rubricato «Disposizioni in materia di istruzione, diritto allo studio e professioni» e, in particolare, agli artt. 48 («Riconoscimento dei titoli di studio conseguiti all'estero») e 49 («Riconoscimento titoli abilitanti all'esercizio delle professioni»). Le norme in parola non hanno subito modifiche a seguito del recente decreto del Presidente della Repubblica 4 ottobre 2022, n. 191, in attuazione dell'art. 22 l. 7 aprile 2017, n. 47, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

<sup>19</sup> L'Italia ratifica la Convenzione sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione europea siglata a Lisbona l'11 aprile 1997 a cinque anni di distanza dalla sua sottoscrizione con l. 11 luglio 2002, n. 148.

<sup>20</sup> Al momento si contano 19 accordi governativi per il riconoscimento dei titoli di studio, l'ultimo risalente al 22 febbraio 2022 con la Moldova. Nella lista dei Paesi con cui l'Italia ha siglato tali intese figurano, e non pare sia un caso, quelli in cui in passato vi è stata una massiccia emigrazione di italiani, segno dell'attenzione ai nostri connazionali rientrati in patria, e ai loro discendenti. Per un riscontro, v. gli Accordi governativi per il riconoscimento dei titoli di studio – Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

<sup>21</sup> ENIC e NARIC costituiscono oggi un'unica rete di riferimento, ciascuna secondo la propria strutturazione, ma per le medesime finalità, ENIC-NARIC - *gateway to recognition of qualifications*.

<sup>22</sup> Per approfondire tale aspetto, entrare nel merito delle possibili frodi cui il sistema del riconoscimento dei titoli e delle qualifiche dei rifugiati (e non solo) è esposto, le strategie che possono essere implementate per

comparabilità», documento su cui gli Atenei basano l'immatricolazione degli studenti in parola<sup>23</sup>.

Circa l'attività di riconoscimento svolta in carenza, o anche assenza di documentazione, il sistema si avvale delle pratiche utili al rilascio del cosiddetto «*European Qualifications Passport for Refugees (EQPR)*». Nato come progetto sperimentale, varato inizialmente da Norvegia e Regno Unito e dal 2017 potenziato ed esteso, l'EQPR oggi è finanziato attraverso il bilancio ordinario del Consiglio d'Europa, dal Piano d'azione sulla protezione delle persone vulnerabili nel contesto della migrazione e dell'asilo in Europa (2021-2025) e attraverso contributi volontari di Italia e Norvegia<sup>24</sup>.

Dal 2017 ad oggi ha interessato una platea di 525 rifugiati, di cui 438 hanno ottenuto il passaporto europeo che attesta le loro qualifiche per un periodo di validità di 5 anni, consentendo l'accesso all'alta formazione e ai sistemi di formazione professionale.

In generale, i dati resi noti dal CIMEA rispetto al contesto italiano, letti esclusivamente sotto il profilo numerico e non valoriale, non sono esaltanti: il bilancio dopo 5 anni di attività, con una media di un centinaio di richieste l'anno, è di 49 studenti rifugiati immatricolati in corsi di studio universitario e 8 studenti rifugiati iscritti a corsi singoli. Del resto, anche il dato sul numero di attestati di comparabilità rilasciati ai fini dell'immatricolazione universitaria, numericamente appunto, è limitato ad una media, dal 2016 al 2018 di 100 l'anno, con un picco nel 2019 che ha quasi raddoppiato il dato.

Allo stato attuale non sono disponibili statistiche più aggiornate ma, pur considerando l'emergenza pandemica, stando alle dichiarazioni anche informalmente rese dagli attori privilegiati che operano all'interno di tale sistema, non vi sono elementi per immaginare un calo delle cifre<sup>25</sup>.

L'impatto di tali sistemi di riconoscimento dovrebbe, pertanto, mantenersi quantomeno in linea con gli anni fino al 2018. Inoltre, un incoraggiamento deriva dal poter considerare le iniziative che sono state sviluppate per accrescere l'incisività dell'azione di riconoscimento dei titoli e delle qualifiche dei rifugiati soprattutto a partire dalla necessità di far fronte e rispondere ai bisogni dei milioni di sfollati ucraini, giunti in Europa dall'inizio del conflitto con la Federazione russa<sup>26</sup>.

Con specifico riferimento ai rifugiati provenienti dall'Ucraina, la Commissione europea ha emanato una Raccomandazione per l'«organizzazione del riconoscimento delle qualifiche professionali e l'agevolazione del riconoscimento accademico delle persone che godono della protezione temporanea». L'atto si riferisce, inoltre, alle misure per favorire «comunicazione di informazioni e utilizzo di strumenti elettronici», utili per la «gestione di informazioni incomplete relative alle qualifiche, requisiti specifici per determinate professioni» (si pensa al

---

ridurlo, si suggerisce la lettura di un contributo redatto dagli stessi referenti del CIMEA, L. Lantero e C. Finocchietti (curr.), *Lauree 30 e frode. Fabbriche di titoli, Università non ufficiali e Istituzioni dubbie*, Roma, 2019.

<sup>23</sup> Nell'ambito del riconoscimento delle qualifiche accademiche dei beneficiari di protezione internazionale, inoltre, il CIMEA ha coinvolto gran parte delle università italiane attraverso l'adesione al Coordinamento Nazionale sulla Valutazione delle Qualifiche dei Rifugiati (CNVQR), una rete informale di esperti di riconoscimento delle qualifiche operanti all'interno di istituzioni di formazione superiore.

<sup>24</sup> CONSIGLIO D'EUROPA, *Council of Europe Action Plan on Protecting Vulnerable Persons in the Context of Migration and Asylum in Europe (2021-2025)*, Bruxelles, 2021, 15 ss.

<sup>25</sup> Per riscontro e approfondimenti, PRICE WATERHOUSE COOPER, CIMEA, *Valutazione dei titoli dei rifugiati. Documento tecnico - metodologico per le Istituzioni della formazione superiore*, aprile 2020, 6 ss.

<sup>26</sup> Si parla, infatti, di circa otto milioni di profughi ucraini riusciti a scappare nei soli primi due mesi dall'inizio del conflitto, aperto il 24 febbraio 2022. Il numero relativo alle persone sfollate dall'Ucraina è disponibile con aggiornamenti periodici nel sito web [Operational Data Portal](#).

caso di personale sanitario sfollato da autorizzare alle cure delle stesse persone sfollate attraverso la realizzazione di appositi ospedali da campo), l'«agevolazione dell'esercizio di professioni regolamentate» e guarda al seguito da dare alle misure proposte, anche in termini di condivisione di buone pratiche, come quella citata nella raccomandazione in parola, del Passaporto europeo delle qualifiche dei rifugiati, che pare essere una pratica destinata ad avere sempre maggiore applicazione<sup>27</sup>.

#### 4. Conclusioni

La tesi unanimemente condivisa per cui il ruolo dell'alta formazione costituisce una delle principali leve di sviluppo, personale e collettivo, assume un significato ancora più pregnante se riferita alla condizione delle persone costrette a lasciare il proprio Paese di origine. Vi è infatti generale consenso proprio attorno alla teoria per cui «la formazione delle persone in migrazione è una necessità primaria delle società di accoglienza, di quelle originarie dei migranti e dello sviluppo umano globale»<sup>28</sup>.

Il fronte delle tutele giuridiche a presidio dell'accesso universale alla formazione appare conseguentemente solido, sia a livello sovranazionale che nazionale e, come si è inteso dimostrare, è un sistema che non si affievolisce ma anzi incoraggia ad essere pienamente agito fino ai più alti gradi di istruzione. Dall'analisi qui condotta, volta per dare conto dell'effettivo riconoscimento del diritto allo studio in favore dei rifugiati e dei migranti richiedenti asilo, si può concludere con la sintetica affermazione per cui la loro posizione è pienamente equiparata a quella degli studenti internazionali una volta ottenuto il titolo di accesso al sistema universitario<sup>29</sup>, prerequisito che è possibile soddisfare in virtù della facoltà di poter ottenere il riconoscimento dei propri titoli di studio e delle qualifiche professionali, anche in difetto di documentazione.

Si tratta di un'area di intervento ancora sottoutilizzata e su questo emergono almeno un paio di ulteriori osservazioni conclusive. Innanzitutto, i dati disponibili per poter ragionevolmente dare una dimensione alla concreta applicazione del diritto in parola sono parziali perché si riferiscono alla sola platea di rifugiati, ad oggi infatti non sono disponibili statistiche circa il numero di studenti stranieri immatricolati beneficiari di altre forme di protezione internazionale o richiedenti asilo in attesa di status<sup>30</sup>. È però certamente un'area

---

<sup>27</sup> Si veda la Raccomandazione del 5 aprile 2022/554 della Commissione europea, relativa al riconoscimento delle qualifiche delle persone in fuga a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina, in G.U. UE L 1071/2022. Al fine di fornire strumenti informativi utili a rispondere ai bisogni di riconoscimento dei rifugiati ucraini, il CIMEA ha elaborato un contributo dedicato all'approfondimento del sistema educativo in Ucraina, L. LANTERO, S. SPITALIERI, L. DIVONSKYTE e L. FERRANTI, *Ucraina. Sistema della formazione superiore e titoli di studio*, maggio 2022.

<sup>28</sup> M. COLOMBO, *La formazione dei migranti adulti*, cit., 31.

<sup>29</sup> Il prerequisito di base per l'immatricolazione universitaria è costituito dal possesso di almeno dodici anni di scolarità. Per approfondimenti e riscontri circa le condizioni di soddisfacimento dei criteri di accesso alla formazione universitaria nel sistema italiano si rimanda ai documenti del Ministero dell'Università e della Ricerca.

<sup>30</sup> Allo stato esistono soltanto dati frammentari e non comparabili in quanto gli studenti in parola vengono ricompresi nella macrocategoria degli studenti internazionali. Si veda, ad esempio, l'ultimo rapporto MUR, *Gli alunni con cittadinanza non italiana a.s. 2020/2021*, luglio 2022, 7. Utile riscontro anche in K. HOUSCHILDT, C. GWOSĆ, H. SCHIRMER e F. WARTENBERGH-CRAS, *Social and Economic Conditions of Student Life in Europe. EUROSTUDENT VII Synopsis of Indicators 2018–2021*, Bielefeld, 2021, in cui è specificato ciò che normalmente si riscontra nelle analisi delle statistiche di riferimento: «EUROSTUDENT does not collect information about students' (or their parents') reasons for migration, or any information about their official residency status. No distinction can be made between refugee students and other students with a migration background. It is therefore

sottoutilizzata dai migranti stessi per i quali la scelta di intraprendere o riprendere un percorso di studi rimane ancora residuale, stante le più pressanti esigenze di inserimento socio-lavorativo che di fatto proprio l'inclusione accademica potrebbe realisticamente agevolare. Ciò conduce alla necessità di potenziare i canali informativi utili a sensibilizzare persone e istituzioni nella direzione della facilitazione all'accesso ai servizi di riconoscimento titoli a partire dagli investimenti delle università in personale formato e attrezzato per rispondere a tale esigenza secondo procedure armonizzate ma al contempo sufficientemente flessibili in ragione delle singolarità dei casi.

Gli atenei italiani hanno già sviluppato molteplici esperienze in tal senso, anche grazie alla rete che l'UNHCR ha voluto promuovere per facilitare e valorizzare il ruolo delle università più inclusive nei confronti sia dei rifugiati che dei richiedenti asilo<sup>31</sup>.

Si tratta evidentemente di un'area di lavoro per la quale è facilmente ipotizzabile un incremento progressivo in corrispondenza dell'altrettanto progressiva presa di coscienza della strutturalità dei processi migratori che interessano l'Europa. Come si è inteso dimostrare, proprio al nostro Paese basterebbe quindi recuperare i più alti valori costituzionali per far fronte alle richieste di aiuto di un'umanità in fuga da tutto tranne che dalla responsabilità di poter dare un apporto anche alle società di accoglienza, anche grazie al concreto esercizio del primario diritto allo studio.

---

*not possible to identify, for example, students seeking or having been granted asylum. Any such students will be classified as international students».* La precisazione attiene, naturalmente, solo alle finalità di natura pratica legate allo sviluppo di statistiche mirate che possano essere di supporto agli interventi di inclusione, tenendo ben in considerazione come, al contrario, sul piano scientifico proposto dagli studi in tema di stratificazione sociale, tale approccio non possa che andare nella direzione della non discriminazione. Sul punto, su tutti, L. ZANFRINI, *The Diversity Value. How to Reinvent the European Approach to Immigration*, Maidenhead (UK), 2015.

<sup>31</sup> Il riferimento è al «Manifesto dell'Università Inclusiva», promosso per «Favorire l'accesso dei rifugiati all'istruzione universitaria e alla ricerca, e promuovere l'integrazione sociale e la partecipazione attiva alla vita accademica». Oggi il Manifesto raccoglie l'adesione di 53 Atenei italiani, informazioni ulteriori sul [sito](#) web dedicato:

LETIZIA SALVO\*

## La protezione temporanea a favore degli sfollati ucraini: i limiti della decisione di esecuzione

SOMMARIO: 1. Immigrazione e asilo: quali competenze per l'Unione europea? – 1.1. Il Sistema Comune di protezione internazionale dell'Unione. – 1.2. Il nuovo Patto su Migrazione e Asilo. – 2. Il conflitto russo-ucraino e l'accoglienza degli sfollati nell'Unione. – 3. Limiti della decisione di esecuzione (UE) 2022/382. – 4. Conclusioni: possibili margini di miglioramento.

**ABSTRACT: *The aim of the paper is to analyse the Implementing Decision (EU) 2022/382, which enacted the Temporary Protection Directive, as autonomously provided for in the domestic laws of the States. In particular, the study intends to highlight some limitations, first of all with regard to the subjective sphere of application of the decision, which includes only Ukrainian nationals or nationals of other states who in Ukraine benefit from international protection, thus excluding other individuals who, regardless of their nationality, are legally resident in Ukraine, to whom the Member States may decide whether to provide temporary protection or another type of protection. In this regard, this critical issue, and in general the state's discretion on the scope of application *ratione personae*, is likely to have repercussions, as argued in doctrine, also on burden-sharing between Member States.***

### 1. Immigrazione e asilo: quali competenze per l'Unione europea?

Con l'adozione del Trattato di Lisbona nel 2007, in vigore dal 2009, le competenze dell'Unione in materia di immigrazione e asilo sono state rafforzate. Il TUE richiama infatti il ruolo dell'Unione nell'offrire

“ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, 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”<sup>1</sup>.

Nel favorire il raggiungimento di tale obiettivo, il Titolo V del TFUE disciplina le politiche relative ai controlli delle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, alla cooperazione giudiziaria in materia civile, alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia.

Col fine di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali e tenendo conto degli ordinamenti delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, gli obiettivi disciplinati dall'art. 67 del TFUE dispongono che l'Unione sia garante dell'assenza di controlli sulle persone alle frontiere interne e che sviluppi una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne che sia fondata sulla solidarietà tra Stati membri e, allo stesso tempo, sia equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi. Il livello di sicurezza garantito deve essere alto e prevedere misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia, autorità giudiziarie e altre autorità

---

\* Dottoranda di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina.

<sup>1</sup> Art. 3, par. 2, TUE.



membro al di là dei suoi confini nazionali»<sup>7</sup>, ma interessa anche quanti non appartengono agli Stati dell'Unione europea.

### 1.1. Il Sistema Comune di protezione internazionale nell'Unione

Secondo quanto disciplinato dagli artt. 67 par. 2 e 78 par. 3 del TFUE, l'Unione prevede lo sviluppo di un sistema comune di protezione internazionale volta a offrire uno *status* appropriato a qualsiasi cittadino di un Paese terzo che ne abbia la necessità, purché venga rispettata la prerogativa di conformità alla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo *status* dei rifugiati e al suo Protocollo addizionale<sup>8</sup>; tale sistema deve garantire un alto livello di protezione e il rispetto del principio di non respingimento<sup>9</sup>. Inoltre, le politiche dell'Unione devono essere governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario, attraverso misure appropriate<sup>10</sup>.

Ad oggi sono stati adottati diversi atti che compongono il Sistema Europeo Comune di Asilo<sup>11</sup>; fra questi: la dir. 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche)<sup>12</sup>, volta sia ad assicurare che gli Stati membri utilizzino criteri condivisi tramite il ravvicinamento normativo relativo alle condizioni essenziali dello *status* di rifugiato e dello *status* di protezione sussidiaria, al fine di identificare gli individui che abbiano davvero bisogno di protezione internazionale, sia ad assicurare un livello di servizi minimo a disposizione degli stessi in tutti gli Stati membri. Al contempo, questi ultimi dovrebbero avere facoltà di applicare le norme più favorevoli della direttiva per i cittadini di Paesi terzi o per gli apolidi che chiedono protezione internazionale a uno Stato membro, sempre nel rispetto dei diritti fondamentali e nell'osservanza dei principi riconosciuti segnatamente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>13</sup>, in particolare garantendo il pieno rispetto della dignità umana, il diritto di asilo dei richiedenti asilo e dei familiari al loro seguito. La dir. 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure)<sup>14</sup> si applica alle domande di protezione internazionale che vengono presentate nel territorio, alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri, nonché alle procedure di revoca della protezione internazionale.

---

<sup>7</sup> E. TRIGGIANI, *Le regole per la costruzione di una società integrata*, in Id. (cur.), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*. Atti del XIV Convegno della SIDI, Bari, 18-19 giugno 2009, Napoli, 2010, 95 ss.

<sup>8</sup> Protocollo relativo allo *status* di rifugiato adottato a New York il 31 gennaio 1967, entrato in vigore il 4 ottobre 1967 e reso esecutivo in Italia con legge 14 febbraio 1970, n. 95.

<sup>9</sup> Il principio di *non-refoulement*, a norma dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, afferma che: «Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Il divieto di rimpatrio forzato è ampiamente accettato come parte del diritto internazionale consuetudinario, venendo quindi rispettato anche dagli Stati che non hanno aderito alla Convenzione sui rifugiati del 1951.

<sup>10</sup> Art. 80 TFUE.

<sup>11</sup> Noto come SECA o CEAS (*Common European Asylum System*).

<sup>12</sup> Direttiva 2011/95/UE (c.d. direttiva qualifiche), del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 «recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione)».

<sup>13</sup> In particolare, a promuovere l'applicazione degli artt. 1, 7, 11, 14, 15, 16, 18, 21, 24, 34 e 35 di detta Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>14</sup> Direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure), del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 «recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione)».

La dir. 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza)<sup>15</sup> introduce le norme sull'accoglienza dei richiedenti di protezione internazionale ed è dunque applicabile a tutti i cittadini di Paesi terzi e agli apolidi che richiedono la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, a condizione che siano autorizzati a soggiornare in tale territorio in qualità di richiedenti. La direttiva è inoltre applicabile ai familiari, se inclusi nella domanda di protezione internazionale ai sensi del diritto nazionale. La stessa non trova attuazione nell'eventualità che vengano applicate le disposizioni della direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi. Quest'ultima direttiva<sup>16</sup> ha lo scopo di stabilire le norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati che provengano da Paesi terzi e che siano impossibilitati a fare ritorno nel proprio Paese d'origine.

Tutte le direttive qui accennate hanno un ruolo di rilievo, poiché sono poste come strumenti attuativi della Convenzione di Ginevra che costituisce la «pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati»<sup>17</sup>. Seppure recepite attraverso differenti disposizioni nazionali all'interno di ogni Stato membro, esse danno compimento nell'ordinamento dell'Unione alle regole relative ai rifugiati stabilite da questa Convenzione. Ciò implica che le direttive citate devono essere interpretate conformemente a quanto previsto dalla Convenzione stessa<sup>18</sup>.

Il SECA è completato poi da due regolamenti: il regolamento (UE) n. 604/2013<sup>19</sup> che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, e il regolamento (UE) n. 603/2013<sup>20</sup>, che istituisce l'Eurodac, sistema centrale per il confronto delle impronte digitali.

Le misure di carattere operativo vengono invece disciplinate dal recente reg. (UE) 2021/2303<sup>21</sup> che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per l'Asilo. L'Agenzia partecipa alla funzione di garanzia di una efficace ed uniforme applicazione della legislazione dell'Unione in materia d'asilo negli Stati membri, nel pieno rispetto dei diritti fondamentali, facendo sì che le valutazioni delle domande di protezione internazionale nell'Unione siano convergenti e coordinando e rafforzando la cooperazione pratica e lo scambio di informazioni. L'art. 14 dello stesso regolamento presenta un meccanismo di monitoraggio dell'Agenzia, che possa migliorare il funzionamento del CEAS soprattutto nei casi in cui i sistemi di asilo e di accoglienza degli Stati membri siano sottoposti a pressioni sproporzionate. Oltre ad offrire un supporto tecnico-pratico, nel compimento del suo mandato, l'Agenzia rappresenta un centro

---

<sup>15</sup> Direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza), del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013 «recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione)».

<sup>16</sup> Direttiva 2001/55/CE (c.d. direttiva sfollati), del Consiglio del 20 luglio 2001 «sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi».

<sup>17</sup> Considerando n. 4 della dir. 2011/95.

<sup>18</sup> S. AMADEO e F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea*, Torino, 2019, 54.

<sup>19</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, p.to 31 (c.d. reg. Dublino III).

<sup>20</sup> Regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, p.to 1.

<sup>21</sup> Regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo e che abroga il regolamento (UE) n. 439/2010.

specializzato in virtù dell'indipendenza e della qualità scientifica e tecnica dell'assistenza fornita e delle informazioni raccolte e diffuse, della trasparenza delle sue procedure e delle modalità di funzionamento<sup>22</sup>.

Infine, il reg. n. 516/2014<sup>23</sup> istituisce il Fondo Asilo, migrazione e integrazione, c.d. FAMI, volto al miglioramento della solidarietà e della gestione delle responsabilità tra gli Stati membri «più esposti ai flussi migratori e di richiedenti asilo»<sup>24</sup>. Inoltre, tale regolamento stabilisce gli obiettivi del sostegno finanziario e la loro ripartizione per le attività della rete europea sulle migrazioni, le azioni ammissibili e il loro quadro generale di attuazione, i principi e il meccanismo per fissare le priorità comuni di reinsediamento dell'Unione.

## 1.2. *Il Nuovo patto su migrazione e asilo*

Gli avvenimenti passati pertinenti i flussi migratori hanno mostrato un'inefficienza della normativa europea ovvero del suo recepimento da parte degli Stati membri. La diversità sostanziale delle modalità di accoglienza comporta tutt'oggi una sfida per gli Stati membri, alcuni chiamati a gestire il fenomeno alle frontiere esterne, altri chiamati a monitorare lo spostamento non autorizzato di migranti sul loro territorio, altri ancora chiamati a monitorare gli arrivi via terra e via mare o il problema del sovraffollamento dei centri di accoglienza. La necessità di riformare le norme dell'Unione in materia di asilo è quindi normale conseguenza di un trattamento non uniforme dei richiedenti asilo negli Stati membri dell'Unione europea, ma è anche dovuta alle notevoli differenze in merito alle risposte positive in materia di asilo da parte degli stessi Paesi. Per questi motivi, la Commissione ha proposto un pacchetto di riforme del sistema comune di asilo<sup>25</sup> contenute nel Nuovo Patto, con l'obiettivo di consentire la creazione di un sistema che permetta la gestione e la normalizzazione della migrazione nel lungo termine, che abbia a fondamento i valori europei e il diritto internazionale.

Si rende così necessario instaurare un nuovo quadro europeo che possa fornire una risposta adeguata alle crisi di oggi restituendo dignità e tutela a chi fugge dal proprio Paese e raggiunge il territorio dell'Unione; in particolare, serve realizzare un equilibrio che preveda un contributo solidale proporzionato da parte degli Stati. Il Patto sancisce infatti la realizzazione di un sistema di gestione condiviso delle frontiere esterne, con accertamenti concernenti l'identità, la condizione sanitaria e la sicurezza dei migranti; lo stesso è volto, inoltre, ad introdurre sia un nucleo normativo funzionale che snellisca e coordini le procedure di asilo e rimpatrio che un meccanismo di solidarietà in risposta alla pressione migratoria. Lo stabilirsi di una *governance* europea assicurerebbe una migliore gestione delle politiche in materia di asilo e migrazione, consentendo la creazione di partenariati vantaggiosi dell'Unione europea con i Paesi terzi dai quali partono e transitano i flussi migratori più cospicui. A questo proposito servirebbe dunque realizzare un'azione congiunta senza divari attuativi che punti alla promozione di canali legali e sicuri per chi necessita di protezione e che comprenda un'interdipendenza degli Stati membri a garanzia di un'attuazione «piena, trasparente e coerente»<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Art. 1 reg. cit., p.ti 11 e 12.

<sup>23</sup> Regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, p.to 168.

<sup>24</sup> Art. 3 par. 2, lett. a).

<sup>25</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM (2020) 609 final, Brussels, 23/09/2020.*

<sup>26</sup> *COM (2020) 609 final* del 23/09/2020, cit., p.to 2.

Il 29 settembre 2021, a distanza di un anno, la Commissione ha presentato una relazione sull'adozione del Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo<sup>27</sup>, avanzando anche la proposta di un [piano d'azione<sup>28</sup> rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti](#) ed anche una [comunicazione sull'applicazione della direttiva dell'UE inerente le sanzioni nei confronti dei datori di lavoro<sup>29</sup>](#). Oltre ad avere l'intento di sviluppare un approccio comune, ordinato e sostenibile alla migrazione emerso dal Nuovo patto, quest'ultima Comunicazione<sup>30</sup> aspira anche alla riduzione della migrazione irregolare, prevenendo lo sfruttamento organizzato dei migranti.

La relazione tiene conto dei lenti progressi nei negoziati relativi al Patto, proponendo misure migliorative da impiegare ai fini del raggiungimento degli obiettivi previsti, realizzando un bilancio dell'impatto subito dalla pandemia e includendo il rafforzamento del ruolo delle agenzie europee sia nel fornire sostegno finanziario che supporto agli spostamenti non autorizzati sul territorio dell'Unione europea, osservando anche le progressioni in tema di integrazione e inclusione.

## 2. Il conflitto russo-ucraino e l'accoglienza degli sfollati nell'Unione

Il 24 febbraio 2022 è la data simbolo dell'inizio dell'invasione «non provocata e ingiustificata»<sup>31</sup> della Federazione russa in Ucraina, atto fermamente condannato dal Consiglio europeo<sup>32</sup> per la palese violazione del diritto internazionale e dei principi della Carta delle Nazioni Unite. La Federazione russa è stata pertanto chiamata a rispondere delle gravi azioni commesse per le distruzioni provocate e la perdita di vite umane che ne conseguiranno. L'aggressione, ancora in atto, ha compromesso la sicurezza e la stabilità europea e mondiale in uno scenario già indebolito dalla crisi pandemica da Covid-19, provocando la fuga di circa sei milioni di profughi dal territorio ucraino<sup>33</sup>. La grave crisi umanitaria ha spinto l'Unione europea a cercare delle soluzioni tempestive ed efficaci a sostegno dell'Ucraina e dei suoi cittadini.

A questo riguardo, il 4 marzo 2022, il Consiglio dell'Unione europea, attraverso l'adozione della decisione (UE) 2022/382<sup>34</sup>, ha dato attuazione per la prima volta alla direttiva

---

<sup>27</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Report on Migration and Asylum, COM (2021) 590 final, Brussels, 29/09/2021*; essa, in merito alla sua attuazione, tiene conto della predisposizione di una *roadmap* che indica nel dettaglio i passi essenziali per il suo raggiungimento degli obiettivi previsti dal nuovo patto. L'ultima versione della *roadmap* è contenuta nell'*Annex 1* della Comunicazione sopracitata *COM (2021) 590 final, Brussels, 29/09/2021*.

<sup>28</sup> *European Commission, A renewed EU action plan against migrant smuggling (2021-2025) – COM (2021) 591, Brussels, 29/09/2021*.

<sup>29</sup> *European Commission, Minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals, COM-2021-592, Brussels, 29/09/2021*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> Considerando n. 3 della decisione (UE) 2022/382.

<sup>32</sup> *EUCO 18/22, Conclusioni del Consiglio europeo sull'aggressione militare non provocata e ingiustificata della Russia nei confronti dell'Ucraina del 24 febbraio 2022*.

<sup>33</sup> *UNHCR, Operational Data Portal on Ukraine Refugee situation on August 2022*.

<sup>34</sup> Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea.

2001/55/CE<sup>35</sup> sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

Sono in molti ad osservare che in passato non siano mancate le richieste, poi respinte, in merito all'attivazione della direttiva 2001/55/CE<sup>36</sup>; si pensi alle ostilità scoppiate nei Paesi del Nord Africa e alle fughe di massa della c.d. primavera araba nel 2011, fenomeni migratori che, come osservato<sup>37</sup>, interessarono in particolar modo l'Italia<sup>38</sup>, che adottò misure di protezione temporanea in assenza di interventi dell'Unione europea. Un altro esempio è quello della c.d. crisi dei migranti del 2015-2016, che vide migliaia di persone in fuga dal conflitto in Siria confluire in Turchia, Grecia e Italia, contribuendo ad accentuare le carenze di un sistema che poneva in disequilibrio gli stessi principi di solidarietà, accoglienza e protezione dei migranti. Anche in considerazione di questi esempi passati<sup>39</sup>, la mancata attuazione della direttiva 2001/55/CE data l'assenza del raggiungimento del consenso politico necessario degli Stati membri, ha indotto la Commissione ad ipotizzare, nel Nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, l'abrogazione della stessa e l'adozione di un nuovo quadro di controllo incentrato su una "protezione immediata" a tutela delle frontiere esterne dell'Unione europea<sup>40</sup>.

In seguito a quanto detto e in base a quanto previsto dalla decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE e che dà effetto all'introduzione di una protezione temporanea immediata, è possibile evidenziare due principali cause che hanno spinto il Consiglio, su proposta della Commissione, a dar luogo all'attivazione della direttiva dopo oltre un ventennio dalla sua adozione. Innanzitutto, la considerazione del numero smisurato di sfollati, stimato<sup>41</sup> al 4 marzo tra i 2,5 ed i 6,5 milioni per via del conflitto armato che già dopo la prima settimana dall'inizio dell'invasione militare russa in Ucraina aveva raggiunto i due milioni; in secondo luogo, l'applicazione della direttiva 2001/55/CE avrebbe dato un vantaggio agli Stati membri, considerato che i diritti che accompagnano tale protezione limitano la necessità di chiedere immediatamente protezione internazionale da parte degli sfollati, evitando così un eventuale sovraccarico dei sistemi di asilo degli Stati membri<sup>42</sup>.

---

<sup>35</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

<sup>36</sup> M. DE FILIPPO, M.A. ACOSTA SANCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 926 ss.

<sup>37</sup> B. NASCIMBENE, *Situazioni di crisi e protezione internazionale. Quale ruolo per il diritto dell'Unione europea*, in *AISDUE*, n. 9/2022.

<sup>38</sup> Con il DPCM del 12 maggio 1999 il Governo italiano adottò delle misure di protezione temporanea a favore dei rifugiati provenienti dalle zone di guerra dei Balcani. Il DPCM del 5 aprile 2011 adottò misure di protezione temporanea per i cittadini stranieri affluiti dai Paesi nordafricani. La base giuridica di tali provvedimenti è l'art. 20 del d.lgs. del 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

<sup>39</sup> Cfr. M. INELI-CIGER, *Time to Activate the Temporary Protection Directive, Why the Directive can Play a Key Role in Solving the Migration Crisis in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2016.

<sup>40</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, doc. COM (2020) 613 def., 25 settembre 2020, su ciò v. *infra*, par. 6.

<sup>41</sup> Considerando n. 6, decisione (UE) 2022/382.

<sup>42</sup> Considerando n. 16, decisione (UE) 2022/382. Nello stesso si legge: «Inoltre i cittadini ucraini, in quanto viaggiatori esenti dall'obbligo di visto, hanno il diritto, dopo essere stati ammessi nel territorio, di circolare liberamente all'interno dell'Unione per un periodo di 90 giorni. Su tale base possono scegliere lo Stato membro

### 3. Limiti della decisione di esecuzione (UE) 2022/382

A questo punto si rende necessario porre l'attenzione su taluni limiti della decisione di esecuzione (UE) 2022/382, che – pur prevedendo l'espletamento della direttiva 2001/55/CE in base alle modalità previste in modo autonomo negli ordinamenti interni degli Stati – contiene delle limitazioni anzitutto con riferimento al suo ambito di applicazione soggettivo. Nel voler ricomprendere l'impegno di tutti gli Stati coinvolti nel garantire la protezione temporanea degli individui fuggiti dall'Ucraina, la Commissione e il Consiglio hanno delineato un regime di protezione differenziato *ratione personae*. Tale discrezionalità statale nell'ambito di applicazione pone delle criticità.

Ai sensi della decisione di esecuzione, gli Stati membri riconoscono la protezione temporanea alle seguenti categorie di sfollati<sup>43</sup>: a) cittadini ucraini residenti in Ucraina al 24 febbraio 2022; b) apolidi e cittadini di Paesi terzi diversi dall'Ucraina, che beneficiavano di protezione internazionale o nazionale equivalente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022; c) familiari delle persone di cui alle lettere a) e b), secondo quanto indicato al par. 4, a condizione che la famiglia fosse già ricongiunta e soggiornante in Ucraina al 24 febbraio 2022. L'art. 1 par. 2 lascia poi agli Stati membri la scelta di attribuire a coloro che soggiornavano in Ucraina in modo permanente – «apolidi e cittadini di Paesi terzi diversi dall'Ucraina che ivi soggiornavano legalmente prima del 24 febbraio 2022 sulla base di un titolo di soggiorno permanente, se impossibilitati a ritornare in condizioni sicure e stabili nel Paese di origine» – la protezione temporanea oppure una forma adeguata di protezione nazionale, escludendo apparentemente i loro familiari privi di detto titolo. Il par. 3 dello stesso articolo riconosce la «possibilità» agli Stati membri di «applicare la decisione anche ad altre persone che soggiornavano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare nel proprio paese o regione d'origine», ricomprendendo le persone che si trovavano in Ucraina per motivi di studio o di lavoro<sup>44</sup> al momento dell'invasione. Sempre come misura discrezionale, la decisione indica agli Stati membri la possibilità di ammettere gli sfollati scappati dall'Ucraina non molto tempo prima dell'invasione, o che si trovavano in vacanza sul territorio dell'Unione e impossibilitati a rientrare in Ucraina<sup>45</sup>.

Tornando alla dir. 2001/55/CE, l'art. 5 ai paragrafi 2, lett. a), e 3, lett a), richiede «la descrizione dei gruppi specifici di persone cui si applica la protezione temporanea». Tuttavia, pur tenendo conto di diverse situazioni, le disposizioni della direttiva sembrano fare riferimento ai soli cittadini ucraini, escludendo dunque altri individui che, indipendentemente dalla cittadinanza, soggiornano legalmente in Ucraina e ai quali gli Stati membri potranno

---

in cui intendono godere dei diritti connessi alla protezione temporanea e raggiungere i familiari e gli amici attraverso le importanti reti delle diaspore attualmente esistenti in tutta l'Unione. Ciò faciliterà nella pratica l'equilibrio degli sforzi tra Stati membri, riducendo quindi la pressione sui sistemi nazionali di accoglienza. Una volta che uno Stato membro ha rilasciato il titolo di soggiorno conformemente alla direttiva 2001/55/CE, la persona che gode della protezione temporanea, pur avendo il diritto di viaggiare nell'Unione per 90 giorni nell'arco di un periodo di 180 giorni, dovrebbe poter avvalersi dei diritti derivanti dalla protezione temporanea solo nello Stato membro che ha rilasciato il titolo di soggiorno. Ciò non dovrebbe pregiudicare la possibilità di uno Stato membro di decidere di rilasciare in qualsiasi momento un titolo di soggiorno alle persone che godono della protezione temporanea ai sensi della presente decisione».

<sup>43</sup> Art. 1 par. 1 Decisione (UE) 2022/382.

<sup>44</sup> Considerando n. 13 Decisione (UE) 2022/382.

<sup>45</sup> Considerando n. 14 Decisione (UE) 2022/382.

decidere se riconoscere la protezione temporanea ovvero un altro tipo di protezione. Nella direttiva, inoltre, i termini «Paese d'origine» e «regione d'origine» non sono specificati,<sup>46</sup> lasciando al Consiglio la possibilità di estendere la tutela ad altre persone il cui sfollamento abbia origine da un dato Paese, a prescindere dalla cittadinanza o residenza abituale.

Come è stato osservato<sup>47</sup>, a conferma di quanto detto, l'art. 2 par.1 della decisione (UE) 2022/382 equipara agli sfollati cittadini ucraini gli sfollati «beneficiari di protezione internazionale in Ucraina» e gli sfollati *familiari*, persone evidentemente senza cittadinanza ucraina. Nella decisione di esecuzione la nozione viene attribuita al Paese di cittadinanza o residenza abituale degli sfollati<sup>48</sup>, facendo riferimento ad una protezione temporanea o nazionale adeguata per i *soggiornanti permanenti*, e una qualunque altra forma di protezione agli *altri sfollati*<sup>49</sup>, entrambi solo nell'impossibilità di un rientro in condizioni sicure nel proprio Paese o regione di origine. Il considerando n. 13 della decisione, allo stesso modo, sancisce l'ammissione di persone sfollate nell'UE per motivi umanitari in modo da garantire loro un passaggio sicuro al fine del ritorno nel Paese o nella regione d'origine. In questi casi<sup>50</sup>, intendere il Paese di origine come quello di sfollamento e non come quello di cittadinanza o residenza abituale priverebbe di senso le disposizioni, sia perché tutti gli sfollati sono partiti da un Paese (l'Ucraina), in cui non è possibile fare ritorno per il proseguo bellico in corso, sia perché far coincidere il Paese di origine con l'Ucraina sarebbe insensato e pericoloso. La conferma di quanto osservato è ribadita nel documento della Commissione «Orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l'attraversamento delle frontiere Unione europea – Ucraina»<sup>51</sup>, nel quale per Paese di origine non si fa riferimento a quello di sfollamento se diverso da quello di cittadinanza o residenza abituale.

Come sostenuto in dottrina<sup>52</sup>, chi potrebbe usufruire della protezione internazionale beneficia della protezione temporanea, ai soggiornanti permanenti potrebbe invece essere concessa una protezione nazionale *adeguata* e solo se impossibilitati a tornare nel Paese di origine, senza tralasciare il fatto che per i familiari di questi ultimi non vi è alcun tipo di supporto previsto. Ci si chiede, inoltre, come mai la protezione degli sfollati soggiornanti non permanenti sia soggetta alla discrezionalità degli Stati membri solo se non vi sono ostacoli al loro rimpatrio. Data la grave crisi umanitaria sarebbe invece necessario manifestare la solidarietà nei riguardi di tutti gli sfollati provenienti dall'Ucraina ammissibili alla stessa forma di protezione. Il limite della decisione (UE) 2022/382 appare dunque quello di fare distinzione tra «sfollati e sfollati»<sup>53</sup>, non dando giusto riguardo a coloro, spesso i più indifesi, che non essendo cittadini ucraini, ma avendo soggiornato sullo stesso territorio fino al 24 febbraio 2022 non possano godere della protezione degli Stati. In ultima analisi è bene considerare che un trattamento differenziato, oltre ad incidere sulla situazione personale degli sfollati, andrebbe anche a ripercuotersi sulla ripartizione degli oneri tra gli Stati membri, poiché i

---

<sup>46</sup> S. PEERS, *Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A*, in *European Union Law Analysis*, 4 marzo 2022.

<sup>47</sup> G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?* in [AISDUE](#), 9 marzo 2022, 3 ss.

<sup>48</sup> Art. 2 par. 2.

<sup>49</sup> Art. 2 par. 3.

<sup>50</sup> G. MORGESE, *op. cit.*, 3.

<sup>51</sup> Documento approvato lo stesso giorno della decisione di esecuzione (UE) 2022/382, denominato *Comunicazione della Commissione Orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l'attraversamento delle frontiere UE- Ucraina 2022/C 104 I/01*.

<sup>52</sup> G. MORGESE, *op. cit.*, 4.

<sup>53</sup> G. MORGESE, *op. cit.*, 4.

cittadini ucraini rappresentano il maggior numero di sfollati e ad essi è data la possibilità di scegliere in quale Stato possano usufruire della protezione. Come richiesto dalla Presidente della Commissione, esortando gli Stati membri in relazione alla crisi migratoria nel 2020, «tutti devono farsi avanti e assumersi la propria responsabilità»<sup>54</sup>, solo così sarà possibile realizzare l'approccio «umano» e «umanitario»<sup>55</sup> auspicato.

#### 4. Conclusioni: possibili margini di miglioramento

Gli ultimi aggiornamenti ci dicono che sono più di 13 milioni i rifugiati fuggiti dall'Ucraina dal 24/2/2022 e altri 6,6 milioni le persone sfollate all'interno del Paese<sup>56</sup>. Oltre 4,8 milioni di rifugiati sono invece gli ucraini registrati con la protezione temporanea o misure analoghe nell'Unione europea<sup>57</sup>. Al momento non è ancora possibile avere contezza delle vittime effettive del conflitto che non accenna a fermarsi. Mentre le trattative di pace sembrano ancora lontane, il 3/10/2022 la Duma ha ratificato dei trattati di annessione delle repubbliche di *Donetsk* e *Luhansk* e dei territori di *Kherson* e *Zaporizhzhia* alla Federazione russa attraverso un referendum di dubbia regolarità cui i territori devastati dall'aggressione avrebbero partecipato.

L'Unione europea ha cercato di essere all'altezza delle criticità suscitate dalle pressioni migratorie degli anni precedenti, non raggiungendo tutti gli obiettivi preposti a causa della inadempienza delle responsabilità previste da parte degli Stati membri. In considerazione del numero drammatico degli sfollati e del grave contesto sociale e territoriale provocato dal conflitto militarizzato in atto sul territorio dell'Ucraina, è possibile ritenere che l'azione pacifica offerta dall'Unione europea in supporto degli sfollati ucraini debba essere perseguita a prescindere dal riconoscimento dello *status* di cittadino e ampliata, ammettendo dunque tutte le persone che lo necessitano alla protezione temporanea senza alcuna discriminazione. Inoltre, l'applicazione degli strumenti esistenti potrebbe consentire di delineare un miglioramento degli stessi e, al contempo, rappresentare una grande occasione per gli Stati membri dell'Unione europea di manifestare, non soltanto, quella solidarietà autentica nei confronti della crisi umanitaria perpetrata, nonché di riscattare il proprio ruolo istituzionale in relazione al fenomeno migratorio nello scenario internazionale e dinanzi allo sguardo attento dell'opinione pubblica.

---

<sup>54</sup> Discorso della Presidente Von der Leyen sullo Stato dell'Unione 2020.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> Dati reperiti al [sito](#) web dell'UNHCR, aggiornati al 03/10/2022.

<sup>57</sup> UNHCR, *Operational Data Portal, Ukraine refugee situation* aggiornato al 27/12/2022.

ROCCO SCICCHITANO\*

## La giustizia di comunità (anche) come risposta al sovraffollamento carcerario

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alcune delle problematiche costituzionali sottese al sovraffollamento carcerario. – 3. La giustizia di comunità come rimedio. – 4. Conclusioni: la necessità di rifuggire un’ottica meramente deflattiva.

**ABSTRACT: *The paper aims to describe some consideration about prison overcrowding. this situation led to an important constitutional problem on one hand because of the infringement of prisoner’s right, and on the other hand for his dignity. at this moment community justice takes an important role, and in particular alternative measures, used instead of imprisonment in minor cases. The conclusions will, however, attempt to dispel the misunderstanding of considering the deflative effect on the prison population and, therefore, on overcrowding, as the ultimate and main purpose of such measures. While this must be, first of all, anchored to their re-educational and resocializing purpose, in respect of human dignity and with a view to a community justice and probation services adhering to a constitutional and European mandate.***

### 1. Introduzione

Il presente contributo si sviluppa a margine delle considerazioni emerse nel Seminario dal titolo «Sovraffollamento carcerario e diritti sociali» e dal volume, ivi presentato, «Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario».

Nell’alveo di queste riflessioni, si tenterà di ricostruire quelle che, a parere di chi scrive, possono sembrare le principali problematiche di ordine costituzionale sottese al sovraffollamento degli istituti penitenziari. Nei paragrafi successivi, si volgerà lo sguardo sulle misure alternative, il cui ricorso ha apportato evidenti benefici anche sul piano del decongestionamento delle carceri. Le misure di giustizia di comunità, però, non possono essere ricondotte a un’ottica meramente deflattiva, se non si vuole correre il rischio di sminuirne la portata e la *ratio* di questi istituti. Infine, si darà brevemente conto dei nuovi orizzonti di questo settore alla luce delle recenti riforme.

### 2. Alcune delle problematiche costituzionali sottese al sovraffollamento carcerario

La circostanza per la quale ci siano detenuti che si trovano a scontare una misura privativa della libertà personale in una struttura ospitante più soggetti rispetto alla loro capienza comporta l’aggiunta di una pena ulteriore a quella già inflitta. Ciò implica diverse problematiche di ordine anche costituzionale<sup>1</sup>, a voler tacere delle note condanne a livello

---

\* Dottorando di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell’Università di Messina.

<sup>1</sup> Efficace è l’espressione utilizzata in A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2014, 12.

internazionale ricevute dal nostro Paese (si pensi alle sentenze della Corte EDU sui casi [Sulejmanovic](#) e [Torreggiani](#))<sup>2</sup>.

La più intuitiva ed evidente è l'inconciliabilità di una siffatta condizione con il dettato dell'art. 27, comma 3<sup>3</sup>, per il quale «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»<sup>4</sup>. L'umanità della pena – legata a doppio filo al principio personalista di cui all'art. 2 Cost. - risulta messa in pericolo nel momento in cui essa debba essere eseguita in uno spazio non sufficiente e troppo angusto. Una pena non umana è pena lesiva della dignità del reo<sup>5</sup> e crea una frattura di ordine costituzionale. In tal senso, «si deve affermare con chiarezza un principio, che potremmo definire intrinseco allo stesso concetto di dignità umana: essa non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. Dignità e persona coincidono: eliminare o comprimere la dignità di un soggetto significa togliere o attenuare la sua qualità di persona umana [...]»; ne consegue che «la dignità umana deve rimanere integra anche dentro le mura del carcere»<sup>6</sup>. La dignità, come magistralmente sottolineato da Silvestri, è un valore non suscettibile di contemperazione con altri, non è bilanciales ma è essa stessa la bilancia<sup>7</sup>. Si tratta, quindi, della stella polare che deve orientare il cammino e il limite da non superare mai nell'approccio alla persona umana in generale e al detenuto nel caso specifico; non può essere taciuta, infatti, «l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale»<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> In questa sede, apparirebbe superfluo e ridondante soffermarsi su tali pronunce, data la loro celebrità. In dottrina, ci si rimanda alle considerazioni, tra le moltissime autorevoli, di A. DI PERNA, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 640 ss.; M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti: la Cedu condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Questione Giustizia*, n. 5/2019, 113 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013; P. ZICCHITTO, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. cost.*, marzo 2013, 161 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 12 ss.; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, dicembre 2013, 441 ss.; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internazionale*, 2013, 147 ss. Sul tema si ricorda anche il Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Il senso della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, tenutosi presso la Casa Circondariale Rebibbia Nuovo Complesso il 30 maggio 2014.

<sup>3</sup> Su cui G. FIANDACA, *Il III comma art. 27*, in G. Branca e A. Pizzorusso (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1991, 22 ss.

<sup>4</sup> Molto interessante, ma non trattabile in questa sede, il dibattito sviluppatosi in Assemblea costituente sulla formulazione di questo comma, ben ricostruito in A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Amministrazione In Cammino*, 9 luglio 2009, 3 ss.

<sup>5</sup> Su cui M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed. con prefazione di V. Onida, Napoli, 2014.

<sup>6</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 1.

<sup>7</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008. Il tema è stato ripreso, tra gli altri, in B. MALVESTITI, *Criteri di non bilanciabilità della dignità umana*, in M. Cossutta (cur.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, EUT, Trieste, 2012, 113 ss.

<sup>8</sup> Corte cost., sentenza n. 279 del 2013, su cui si è soffermata molto la dottrina. *Ex multis*, A. RUGGERI, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Diritti Comparati*, 26 novembre 2013; E. MALFATTI, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 dicembre 2013; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in *Rivista AIC*; M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Diritto Penitenziario e Costituzione*; A. PUGIOTTO,

Dall'altro lato, anche il fine rieducativo della pena, cui bisogna tendere per dettato costituzionale, è messo in discussione da un'esecuzione in condizioni di sovraffollamento: risulta evidente, infatti, che «[l]o stato di prostrazione determinato da condizioni carcerarie inumane costituisce un ostacolo al processo di riorientamento del detenuto verso i valori della socialità e della legalità»<sup>9</sup>. Un siffatto contesto rende difficile l'espletamento di un trattamento individualizzato che risponda alle singole esigenze, garantendo quelle opportunità necessarie al buon esito del processo rieducativo. Nel corso della sua giurisprudenza, si può registrare che «l'art. 27, 3° comma, ha subito per opera della Corte costituzionale una progressiva metamorfosi da limite negativo a vincolo positivo di tutte le scelte legislative penali»<sup>10</sup>. In questo senso, a rischio è lo stesso godimento dei diritti sociali<sup>11</sup>, i quali sono strettamente correlati, diremmo anche semanticamente, al concetto di risocializzazione<sup>12</sup>. Non è un caso che tipici diritti sociali quali l'istruzione e il lavoro siano stati iscritti nel novero degli elementi del trattamento<sup>13</sup>.

Strutture sovraffollate, poi, fanno sì, che nella pratica, spesso non si riesca a separare adeguatamente, sebbene ciò sia previsto dall'art. 14, comma 4, o.p., i condannati definitivi, destinatari del trattamento rieducativo, dagli imputati in custodia cautelare in carcere, soggetti al solo trattamento penitenziario<sup>14</sup>. Infatti, a norma, dell'art. 1, comma 7, o.p., - che richiama chiaramente il disposto dell'art. 27, comma 2, Cost., «il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva». Le statistiche aggiornate allo scorso 31 ottobre<sup>15</sup> danno idea di come siano numeri degni di nota: su poco più di 56mila detenuti, 39mila sono condannati a titolo definitivo, più di 8mila condannati non definitivi e poco meno di 9mila in attesa di primo giudizio.

Si tratta, inoltre, di una situazione che, inevitabilmente, finisce per incidere, complici anche le carenze di organico, sulle condizioni lavorative e di vita degli operatori penitenziari, titolari di funzioni custodiali e trattamento. Operatori penitenziari tutti che, in un'ottica costituzionale, potrebbero essere arditamente definiti come esecutori del secondo comma dell'art. 3 Cost., in quanto devono concorrere a quella rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana». Si pensi allora al lavoro quotidiano degli educatori, degli assistenti sociali, ma anche della polizia penitenziaria, che tra i suoi compiti istituzionali ha quello della partecipazione «alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati»<sup>16</sup>. Una situazione di siffatto disagio lavorativo provocato dalle

---

*L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#); R. BASILE, [Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale \(sent. n.279/2013\)](#), in [Consulta OnLine 2014](#) (20.02.2014)

<sup>9</sup> G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 4.

<sup>10</sup> A. PUGIOTTO, *op. cit.*,

<sup>11</sup> Sul diritto alla salute si segnala A. Massaro (cur.), *La salute nei luoghi di detenzione*, Roma, 2017.

<sup>12</sup> "Particolare rilievo acquistano, in questo campo, i diritti fondamentali di natura sociale: diritto al lavoro, diritto alla salute, diritto all'istruzione" si legge in G. SILVESTRI, *La dignità umana*, cit., 2, ivi si può trovare una breve raccolta casistica delle pronunce della Corte costituzionale in materia.

<sup>13</sup> Art. 15, legge 26 luglio 1975, n. 354, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

<sup>14</sup> Su cui V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981.

<sup>15</sup> Reperibili sul sito del Ministero della Giustizia.

<sup>16</sup> Art. 5, comma 2, legge 15 dicembre 1990, n. 395, recante "Ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria", come modificato dall'art. 10, comma 1, d.lgs. 2 ottobre 2018 e dall'art. 1, comma 1, lett. b) numero 1) del d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 72.

condizioni carcerarie ingenera uno *stress* che si ripercuote in un peggiore servizio nei confronti dei destinatari della misura penale entrando così in una dinamica di circolo vizioso.

Le condizioni di sovraffollamento carcerario, in definitiva, impediscono di fatto il godimento di quel “residuo” di diritti, di libertà del detenuto, che «è doppiamente prezioso e da tutelare, perché fa capo ad un soggetto doppiamente debole: in quanto è detenuto; e in quanto, di solito, è emarginato ed in situazione di disagio sociale già prima del carcere»<sup>17</sup>. Questa debolezza - senza per ciò solo dimenticare il disvalore rappresentato dal reo e la frattura, necessitante una adeguata riparazione, che esso determina nell’ordine sociale - va adeguatamente tenuta in considerazione, se aderiamo a quella idea che vuole che nello Stato costituzionale contemporaneo il diritto positivo si traduca nella legge del più debole<sup>18</sup> attraverso «diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, sia di libertà sia sociali, nonché le loro garanzie, sulla cui base si legittimano i diversi rami del diritto [...]». Per quanto riguarda il diritto penale, esso «tutela il più debole che nel momento del reato è la vittima, nel momento del processo è l’imputato, e nel momento dell’esecuzione penale è il condannato»<sup>19</sup>.

Da quanto detto si evince, come opportunamente segnalato anche nel volume<sup>20</sup> dalla cui discussione ha mosso i passi il presente contributo, come sia stringente il rapporto tra queste tematiche e la forma di Stato, da intendersi secondo la lezione mortatiana quale rapporto tra autorità e libertà. Per l’appunto, «i reati e le pene restrittive della libertà personale, la loro giustificazione e previsione e la loro applicazione, sono aspetti dell’ordinamento oggetto forse più di ogni altro di disciplina, di limiti e di garanzie a livello costituzionale. Essi toccano infatti il cuore dei rapporti, che la Costituzione presidia, tra autorità e libertà, fra potere pubblico e soggetti – uomini e donne – che sono i destinatari ultimi del suo esercizio»<sup>21</sup>. Pertanto, può dirsi come il trattamento che uno Stato riserva ai propri detenuti, quali soggetti limitati nell’esercizio di alcuni diritti ma mai privati di quelli fondamentali, sia un indice della sua democraticità cui prestare una costante attenzione.

### 3. La giustizia di comunità come rimedio

Il quadro sin qui delineato pone la necessità di ricercare un rimedio valido. È evidente come soluzioni episodiche possano rappresentare un argine e un palliativo adatto a dare un sollievo temporaneo, ma che misure strutturali si dimostrino più idonee. Ed infatti, se è vero che con l’indulto del 2006<sup>22</sup> – allo stato attuale l’ultimo adottato visto il forte significato politico che lo connota e la maggioranza qualificata di due terzi richiesta dall’art. 79 Cost.<sup>23</sup> - si è palesato un effetto deflattivo immediato, si deve notare come da lì a poco si sarebbe ritornati ai numeri precedenti al provvedimento, in quanto «il ritmo di crescita delle presenze è stato costante e si è assestato intorno ad una media di mille unità al mese»<sup>24</sup>. Inoltre, con riferimento al triennio successivo alla sua applicazione, «[d]egli oltre 28 mila detenuti indultati, 8.745, nello stesso arco temporale, hanno fatto ritorno in carcere, con un tasso di recidiva di circa il 31 per

---

<sup>17</sup> G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, n. 1/2012, 194.

<sup>18</sup> A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, in [Consulta OnLine 2019/II](#), 369.

<sup>19</sup> L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, conversazione con M. Barberis, Bologna 2013, 45.

<sup>20</sup> A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario*, Torino, 2021, 35.

<sup>21</sup> V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., XI.

<sup>22</sup> Legge 31 luglio 2006, n. 241. La precedente legge di indulto risaliva al 1992.

<sup>23</sup> Sul tema, G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974.

<sup>24</sup> D. PERRONE, *Il costo del carcere*, in [Rivista AIC](#), n. 3/2012, 1.

cento»<sup>25</sup>. Un dato sicuramente non confortante e che dà l'idea di come servano soluzioni di sistema<sup>26</sup>. Ed allora tale prospettiva deve essere rintracciata nella giustizia di comunità in generale e, in particolare, nelle misure alternative, quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare - nelle sue diverse forme - e la semilibertà. Il termine "prospettiva" può sembrare ricondurre ad un futuro più o meno lontano, ma a ben vedere, queste misure rappresentano il presente. Ed infatti, siamo già arrivati a quello snodo storico in cui i soggetti in area penale esterna hanno superato quelli in detenzione carceraria<sup>27</sup>.

In particolare, le misure alternative hanno visto un progressivo ampliamento, pur non mancando momenti di arretramento o come detto da alcuni di «controriforma»<sup>28</sup>, a partire dalla loro introduzione nella legge penitenziaria del 1975<sup>29</sup>. Si tratta di un ampliamento della tipologia delle misure<sup>30</sup>, ma anche dei soggetti destinatari. A voler tacere su altri aspetti specifici, per ragioni di economia del presente lavoro, basti rilevarsi la progressiva apertura dell'accesso alle misure alternative direttamente dalla libertà – laddove per l'affidamento era obbligatorio periodo di osservazione in carcere – evitando il contatto col penitenziario ai condannati per pene detentive brevi, addirittura prevedendo, con le modifiche approntate dalla legge Simeone – Saraceni all'art. 656 c.p.p., la sospensione dell'ordine di esecuzione. Ciò deriva dalla ormai acquisita consapevolezza per cui spesso per una pena di modesta entità, entrare in carcere sortisce più nocimento che benefici nel processo di risocializzazione<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Ufficio Valutazione Impatto del Senato, *Oltre le sbarre. La questione carceraria e 10 anni di politiche di contrasto al sovrappollamento cronico*, Documento di analisi n. 2, 2017, 14.

<sup>26</sup> Quelle «soluzioni normative di sistema, proiettate nel medio periodo e stabilmente risolutive del problema, in luogo di risposte di natura emergenziale» su cui A. ALBANO, A. LORENZETTI e F. PICOZZI, *op.cit.*, 19. Cfr. anche M. RUOTOLO, *Non solo amnistia e indulto*, in *Antigone*, n. 2/2013, 175 ss.

<sup>27</sup> Al 15 ottobre 2022 i soggetti in carico agli uffici di esecuzione penale esterna - fonte: elaborazione su dati dei sistemi PEGASO e SIEPE - risultavano essere 73.051, di cui 34.722 in misura alternativa (22.628 in affidamento in prova al servizio sociale, 11.161 in detenzione domiciliare, 933 in semilibertà), 99 in sanzioni sostitutive, 4.496 in libertà vigilata, 9.297 per lavori di pubblica utilità per violazione della legge sugli stupefacenti o del codice della strada, 24.437 in messa alla prova, a fronte di 56.225 presenti negli istituti penitenziari al 31 ottobre 2022 (fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica)

<sup>28</sup> G. MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 143 ss.

<sup>29</sup> Si segnalano soltanto G. DI GENNARO, *Legislazione penitenziaria attuale e linee di sviluppo in relazione all'adempimento costituzionale*, in *Rass. studi penitenziari*, 1971, 1037 ss., A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione Giustizia*, 1987, 519 e ss., E. BRUTI LIBERATI, *Dieci anni di riforma penitenziaria*, in *Questione Giustizia*, 1987, 611 ss., M. GOZZINI, *Bilancio della riforma penitenziaria*, in *Legalità e giustizia*, 1988, 10 ss.; F. DELLA CASA, *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma. (L. 10 ottobre 1986, n. 663)*, Padova, 1988, 10 ss., V. Grevi (cur.), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994; G. GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, 119 ss.; A. FORTUNATO, *L'evoluzione della disciplina in tema di misure alternative alla detenzione dalla riforma Orlando sino a Cartabia: quale futuro per il sistema penitenziario?* in *Discrimen*, 5 settembre 2022.

<sup>30</sup> Si pensi alla legge 26 novembre 2010, n. 199 – cosiddetta "legge svuotacarceri" – recante "disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno", successivamente elevate a diciotto mesi, su cui S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 dicembre 2010 e E. DOLCINI, *A proposito di "leggi svuotacarceri"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2018, 225 ss. Alla data del 30 novembre 2022 risultano 32.562 detenuti sciti dagli istituti penitenziari per effetto della legge 199/2010 (fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio del Capo del Dipartimento - Sezione Statistica).

<sup>31</sup> Si è parlato di «sindrome di prisonizzazione» in D. CLEMMER, *The Prison Community*, Boston, 1941, tr. it. a cura di E. Santoro, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997.

Questa manovra, quindi, si propone di mitigare rischi di specializzazione criminale, di etichettamento<sup>32</sup> del reo e, in ultima analisi, di recidiva<sup>33</sup>.

Far scontare la pena in misura alternativa ha evidentemente chiari effetti defatiganti sulle strutture penitenziarie. Il fatto che tali misure siano ormai inserite strutturalmente nell'ordinamento fa sì che il sistema si sia dotato di una modalità stabile di esecuzione della sanzione penale piuttosto che un rimedio cui ricorrere sporadicamente per tamponare l'emergenza. Si tratta, dunque, di un intervento sulla fisiologia e non sulla patologia, sebbene su quest'ultima abbia effetti indiretti e/o preventivi. Infine, sul versante dei vantaggi va considerata la possibilità di un risparmio economico significativo che scaturirebbe dall'implementamento del ricorso alle misure alternative<sup>34</sup>.

#### 4. Conclusioni: la necessità di rifuggire un'ottica meramente deflattiva

Come si anticipava in premessa, è, però, rifuggire una visione delle misure alternative come mero rimedio al sovraffollamento carcerario. Una tale prospettiva finirebbe per considerare lo scopo ultimo quello che, in verità, andrebbe inteso come al massimo un effetto utile e positivo ma indiretto e secondario. L'utilizzo delle misure alternative deve prioritariamente essere ancorato a quanto detto in precedenza sul rapporto con il fine rieducativo della pena e dignità della persona umana. A tali riflessioni soccorrono le considerazioni della Corte costituzionale. Innanzitutto, bisogna sottolineare come essa abbia superato una concezione polifunzionale della pena, con ciò intendendosi che, sebbene resti fermo che la sanzione penale abbia di per sé anche connotati di reintegrazione, intimidazione e di difesa sociale, questi valori non siano tali «da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena»<sup>35</sup>. È stato poi affermato come «la finalità rieducativa [...]» sia «[...] assegnata dalla Costituzione ad ogni pena, e dunque anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario»<sup>36</sup>; anzi, spingendosi oltre la Consulta ha sostenuto addirittura che «le 'misure alternative' (posto che s'accolga questa nozione per indicare tutte le misure non totalmente 'privative' o soltanto 'limitative' della libertà personale) costituiscono il punto d'emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta»<sup>37</sup>. Se, quindi, consideriamo le misure alternative come il fulcro centrale del trattamento rieducativo e a sua volta il principio rieducativo come consustanziato alla pena stessa, ne consegue l'importanza di tali misure all'interno del sistema penale e della sua esecuzione. In più, esse aiutano a risolvere o quantomeno a mitigare quell'equilibrio dicotomico, che permea il mondo del carcere tra la sua classica impostazione di comunità

---

<sup>32</sup> H. BECKER, *Outsiders. Studi di sociologia della devianza*, trad. C. Vuadens, M. Croce, D. Brignoli, Milano, 2017. Si parla di "stigma" in E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, trad. it a cura di Franco Basaglia, Torino, 2010 (ed. originale 1961).

<sup>33</sup> F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. penitenziaria e criminologica*, n. 2/2007, 7 ss.

<sup>34</sup> Si riporta quanto sostenuto nel report pubblicato nel dicembre 2014 attinente alla ricerca condotta dal Centro nazionale per il volontariato e dalla Fondazione volontariato e partecipazione, secondo cui «il 10millesimo detenuto trasferito a pena alternativa consentirebbe di raggiungere un risparmio netto per l'intero sistema (costo del detenuto in carcere o nella pena alternativa), pari a 577mila € al giorno» (v. p. 16).

<sup>35</sup> Corte cost., sent. [n. 313/1990](#), p.to 8 del *cons. in dir.*

<sup>36</sup> Corte cost., sent. [n. 173/1997](#), p.to 5 del *cons. in dir.*

<sup>37</sup> Corte cost., sent. [n. 282/1989](#), p.to 5 del *cons. in dir.*

separata e la necessità sempre più pressante di una apertura verso il mondo esterno, in vista della risocializzazione. Un'apertura verso l'esterno che significa innanzitutto responsabilizzare la comunità sociale fratturata dal fatto di reato, in modo tale che in qualche modo se ne faccia carico e non la veda come una problematica estranea a sé. Pertanto, apparirebbe preferibile la dizione di misure di comunità piuttosto che, come sinora adoperato di misura alternativa. E volendosi spingere forse troppo oltre, ma senza per questo aderire a qualsivoglia mozione abolizionistica, si potrebbe persino dire che la tendenza futura dovrebbe essere improntata all'inversione delle proporzioni e del paradigma di riferimento, anche a livello di nomenclatura: se il carcere, in base all'elaborazione del principio del minor sacrificio possibile della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., deve essere considerato l'*extrema ratio*<sup>38</sup>, allora sarà la misura detentiva a doversi porre come alternativa alle misure di comunità e non più viceversa.

D'altro canto, non si possono tacere alcune criticità: il meccanismo in precedenza richiamato di cui all'art. 656 c.p.p. in combinato disposto con alcune inefficienze croniche del sistema penale ha dato vita al fenomeno dei cd. "liberi sospesi", con soggetti che si trovano a distanza di anni dalla comminazione della pena, poi sospesa, a dover eseguire la misura alternativa, che in quel caso non assolve nel modo migliore, ma forse rischia di pregiudicare quel percorso di rieducazione probabilmente autonomamente avanzato nel frattempo avanzata dal soggetto in libertà. A tale situazione, tra le altre cose<sup>39</sup>, parrebbe voler dare risposta la riforma Cartabia, che si propone di dare nuova linfa<sup>40</sup> e denominazione alle sanzioni sostitutive della legge 24 novembre 1989, n. 681, il ricorso alle quali non è mai decollato: si parlerà, quindi, di semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva, il lavoro di pubblica utilità sostitutivo e la pena pecuniaria sostitutiva. Se il giudizio sull'adozione di tale riforma è sospeso, stante il rinvio dell'entrata in vigore della stessa al 30 dicembre 2022<sup>41</sup>, si può dire come lo spirito della riforma sia quello di declinare un'altra volta ancora al plurale il termine "pene" come da dettato costituzionale dell'art. 27 e, quindi, superando la visione al singolare e carcerocentrica della pena.

Riforma Cartabia che è mossa, giova ricordarlo, dalla finalità dichiarata di raggiungere gli obiettivi concordati dal Governo con la Commissione europea, in termini di efficienza del sistema giustizia, volti al conseguimento dei fondi del P.N.R.R. cui sono vincolati<sup>42</sup>. D'altronde, le riforme normative e degli assetti organizzativi in materia di giustizia di comunità «hanno gettato le basi per la configurazione degli uffici di esecuzione penale esterna<sup>43</sup> come agenzie

---

<sup>38</sup> Si legge in D. PERRONE, *op. cit.*, 8: «una volta ritenuto proprio necessario il ricorso allo strumento penale, il ricorso alla pena detentiva (nelle forme della reclusione o dell'arresto) deve essere concepito, a sua volta, come *extrema ratio*. [...] Le sanzioni penali detentive, essendo quelle maggiormente limitative della libertà personale nel panorama delle sanzioni penali, devono essere limitate solo ai casi indispensabili, giacché vanno ad incidere su di una libertà fondamentale costituzionalmente tutelata».

<sup>39</sup> Non si riferirà in questa sede, per esempio, dell'ampliamento del campo applicativo dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, introdotto per gli adulti – mentre si tratta di un meccanismo ben collaudato nella giustizia minorile – con la legge 28 aprile 2014, n. 67.

<sup>40</sup> Su cui D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *Sistema penale*, 21 febbraio 2021.

<sup>41</sup> Con l'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

<sup>42</sup> G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021, 1 ss.

<sup>43</sup> Di cui all'art. 72 dell'ordinamento penitenziario, un tempo denominati Centri di Servizio Sociale per Adulti (C.S.S.A.), ora U.E.P.E.

di 'probation' di stampo europeo, saldamente radicate nel territorio e sempre più tendenti alla multidisciplinarietà degli interventi»<sup>44</sup>.

In definitiva e per concludere, la giustizia di comunità non deve essere considerata come protesa alla mera deflazione carceraria, seppur indirettamente appresti un fondamentale contributo a questa causa, bensì principalmente come destinataria di un preciso mandato costituzionale ed europeo.

---

<sup>44</sup> Lettera circolare del 15 settembre 2017 della Direzione generale dell'Esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, avente ad oggetto *La gestione tecnico-organizzativa degli Uffici di Esecuzione Penale Esterna*, 1-2.

FRANCESCO TORRE\*

**La corsa al trilogico ovvero la “prima parola” è quella che conta  
(recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. [54](#) e [67 del 2022](#))**

SOMMARIO: 1. Una nuova stagione per la doppia pregiudizialità. – 2. Il dialogo alla prova della (ir)-rilevanza della questione. – 3. Un test della connessione? – 4. Un’assenza ingombrante. – 5. La lotta per la prima parola.

**ABSTRACT: *The paper analyses the Constitutional Court, rulings no. 54 and no. 67 of 2022, concerning the recognition of welfare benefits for non-EU citizens. The present work seeks to offer a broader view of the connections between these judgements all of which appear to be linked by a common thread. In both sentences, the Constitutional Court arrived at two different outcomes of acceptance in the first, and rejection in the second, affirming the due respect for the principle of non-discrimination in access to such benefits. The reason why the Constitutional Court arrived at two diametrically opposed approaches, even though the same reference parameter (Article 12 of Directive 2011/98/EU) was invoked, is to be traced back to whether or not the referring judges invoked the Charter.***

*1. Una nuova stagione per la doppia pregiudizialità*

La materia della sicurezza sociale<sup>1</sup> ha largamente caratterizzato l’attività della Corte costituzionale nel primo trimestre del 2022, impegnando il giudice delle leggi con particolare riferimento al delicato settore dei diritti sociali relativi ai cittadini di Paesi terzi. In ben quattro pronunce<sup>2</sup> sono venute all’attenzione della Consulta disposizioni normative indubbiamente di incostituzionalità per presunta violazione del principio di eguaglianza nei confronti degli stranieri, residenti in Italia. L’intricata selva della legislazione italiana nasconde, infatti, una fitta rete di previsioni che attuano una differenza di trattamento a danno di tali soggetti nell’accesso alle prestazioni sociali.

---

\* Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Messina.

<sup>1</sup> Sulla quale, tra tutti, si segnala il recente contributo monografico di M. D’ONGHIA e M. PERSIANI, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino, 2022.

<sup>2</sup> Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale nn. [19](#), [34](#), [54](#) e [67 del 2022](#). In particolare oggetto della sent. [n. 19/2022](#) era la compatibilità della normativa sul cd. reddito di cittadinanza laddove esclude «i titolari di permesso unico lavoro ex art. 5, c. 8.1 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, o di permesso di soggiorno di almeno un anno ex art. 41 d.lgs. n. 286 del 1998»; a commento di tale pronuncia si segnalano i contributi di G. FONTANA, *La Corte costituzionale fra supremazia e (apparente) subalternità. Quale futuro per i diritti sociali degli stranieri?* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2/2022, 272 ss.; S. GIUBBONI, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 2/2022, 246 ss.; D. LOPRIENO, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2022, 252 ss.; L. PELLICIA, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto di accesso da parte di cittadini stranieri ad alcune indennità economiche di sicurezza sociale*, in *Labor*, 8 giugno 2022; A. RIZZO, *La sentenza della Corte costituzionale sul reddito di cittadinanza: una critica di merito e di metodo*, in *AISDUE*, n. 3/2022, 34 ss.; M. ROMA, *La Corte costituzionale su reddito di cittadinanza e reddito di inclusione. Bisogni primari degli individui e limite delle risorse disponibili*, in *Consulta OnLine 2022/II*, 649 ss. Veniva, invece, scrutinata la costituzionalità del cd. reddito di inclusione da parte della sent. [n. 34/2022](#) a commento della quale si veda sempre *Ibidem*.

La tematica è, purtroppo, di scottante attualità, diventando le politiche relative all'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali un terreno di «scontro tra ordinamenti»<sup>3</sup>. Complici le ondate di populismo che hanno attraversato – e continuano ad attraversare – l'Europa<sup>4</sup> e gli Stati Uniti<sup>5</sup> tali politiche sono diventate scomode, persino per i partiti più progressisti, anch'essi fatalmente attratti dal fascino della «democrazia dei sondaggi»<sup>6</sup>. La normativa di settore è, quindi, frutto di interventi spesso rapsodici, privi di quella coerenza sistematica che dovrebbe essere imposta dal tenore dei diritti in gioco, relativi agli «attori più marginali e talvolta più indifesi delle nostre società»<sup>7</sup>.

Data la peculiarità della materia, l'accesso alle prestazioni sociali è protetto, a livello costituzionale<sup>8</sup> ed europeo<sup>9</sup>, dal principio di non discriminazione; proprio il concorso di tali fonti fa sì che su tale tema convergano «le decisioni dei giudici comuni, della Corte costituzionale, di Corte di giustizia e Corte EDU, in una sorta di laboratorio permanente di sperimentazione delle tecniche di tutela “integrata” dei diritti fondamentali»<sup>10</sup>.

La cooperazione tra questi interpreti ha dato, complessivamente, buona prova di sé<sup>11</sup> nelle pronunce che hanno poi condotto alle sentenze nn. [54](#) e [67 del 2022](#), grazie alle quali – nonostante alcune evidenti criticità<sup>12</sup>, che emergono soltanto da una lettura congiunta delle

---

<sup>3</sup> Così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in [federalismi.it](#), n. 5/2023, 28.

<sup>4</sup> In argomento si veda G. ALLEGRI, A. STERPA e N. VICECONTE, *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019. Con particolare riferimento all'Italia, per tutti, si rinvia allo studio monografico di G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI e F. PACINI, *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, 2020.

<sup>5</sup> Sui quali si veda R. FORMISANO, *Il populismo negli Stati Uniti*, in *Ricerche di Storia Politica*, n. 3/2004, 335 ss.

<sup>6</sup> Felice espressione di G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, 113, il quale, profeticamente, rilevava che «la democrazia dei sondaggi non è strutturalmente una democrazia. C'è una ragione: attraverso il sondaggio si registra una forza che potrà essere utilizzata dagli interessati come conviene. Attraverso le elezioni si esercita un'autorità. Il popolo sondato è un oggetto, il popolo che vota è un soggetto». I sondaggi, infatti, sono divenuti ormai «quasi quotidiani sul gradimento delle diverse forze politiche e dei Governi», come criticamente osservato da G. GRASSO, *Social network, partiti politici e lotta per il potere*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, 216.

<sup>7</sup> Cfr. E. TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF*, in [Questione Giustizia](#), 21 dicembre 2021, 2.

<sup>8</sup> ... dall'art. 38 Cost., la cui lettura, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., sancisce l'applicabilità delle tutele per tutti i lavoratori, a prescindere dalla cittadinanza.

<sup>9</sup> ... dagli artt. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) che trovano espressione concreta nel diritto secondario rappresentato dalle direttive nn. 2003/109/CE e 2011/98/UE previste a favore, rispettivamente, degli stranieri titolari dello status di soggiornanti di lungo periodo o di quelli titolari del cd. permesso unico di soggiorno.

<sup>10</sup> Cfr. L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 2/2021, 319.

<sup>11</sup> Opinione di A. LAMBERTI, *La condizione giuridica dello straniero e il godimento dei diritti sociali fondamentali: la recente giurisprudenza costituzionale (e il dialogo con la Corte di Lussemburgo)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), n. 2/2022, 46.

<sup>12</sup> Manifestate da A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), in [Consulta OnLine 2022/I](#), 225 ss.; V. PUPO, [Sulle discriminazioni degli stranieri nel settore della sicurezza sociale: una nuova pronuncia della Corte costituzionale all'esito di un caso di doppia pregiudizialità](#), in [Consulta OnLine 2022/I](#), 366 ss.; S. GIUBBONI, *La Corte situazionista. Brevi note sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di accesso degli stranieri alla sicurezza sociale*, cit., 251; nonchè, se si vuole, nel mio F. TORRE, [L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? \(prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022\)](#), in [Consulta OnLine 2022/II](#), 460 ss. In particolare S. GIUBBONI ha evidenziato (251) la «diffimità (contraddittoria) di valutazioni» tra le sopra citate sentenze e le sentt. nn. 19 e 34 del 2022. Segnatamente la diversità di approdi cui giungeva la Consulta

due decisioni<sup>13</sup> – è possibile registrare un avanzamento della tutela dei diritti a prestazione sociale degli stranieri<sup>14</sup>. Non sembrano esserci dubbi che la «stella polare»<sup>15</sup>, guida dei giudici della Consulta nei casi *de quibus*, è proprio l'effettività della tutela: in entrambi gli arresti, infatti, la Corte Costituzionale – pur pervenendo a due esiti differenti, di accoglimento nel primo, e di rigetto nel secondo – ha vigorosamente affermato il doveroso rispetto del principio di non discriminazione nell'accesso a tali prestazioni<sup>16</sup>, imposto dai principi costituzionali e dalle garanzie sancite dal diritto europeo, «nel loro vicendevole integrarsi, in un arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali»<sup>17</sup>.

Una precisazione corre l'obbligo di evidenziare: gli spunti di riflessione che emergono dalla lettura di tali pronunce sono molteplici, ma, in questa sede, ci si limiterà a focalizzare l'attenzione sulla vessata questione della doppia pregiudizialità<sup>18</sup>, oggetto di un profluvio di commenti da parte della dottrina<sup>19</sup> a seguito del famoso *obiter dictum* contenuto nella ormai nota sentenza [n. 269 del 2017](#).

È opinione di chi scrive che la ragione per la quale il giudice delle leggi sia giunto – nelle sentt. nn. [54](#) e [67 del 2022](#) – a due approdi diametralmente opposti, nonostante fosse stato invocato il medesimo parametro di riferimento (art. 12 della direttiva 2011/98/UE), sia da far risalire alla evocazione in campo o meno della Carta da parte dei giudici rimettenti<sup>20</sup>, come meglio si evidenzierà nel prosieguo del presente lavoro.

---

potrebbe essere spiegato «in ragione della ben diversa rilevanza finanziaria degli interessi in gioco». In argomento è d'obbligo il richiamo a M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020.

<sup>13</sup> Ed infatti «se considerate separatamente, le pronunce della Corte costituzionale appena illustrate – pur contenendo dispositivi diversi – paiono entrambe decisioni ragionevoli»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 41.

<sup>14</sup> Così G. PISTORIO, *Il diritto integrato, "figlio" del dialogo tra Corti*, in [Nomos](#), n. 2/2022, 16. Della medesima opinione anche F. FERRARO e V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, in [Lavoro Diritti Europa](#), n. 1/2022, 22.

<sup>15</sup> Espressione di S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, n. 4/2022, 2161.

<sup>16</sup> L'assegno per il nucleo familiare nella sent. [n. 67/2022](#) ed il "bonus bebè" e l'assegno di maternità nella sent. [n. 54/2022](#).

<sup>17</sup> Corte cost., sent. [n. 54/2022](#), p.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>18</sup> ... chi scrive, però, è consapevole che i rapporti tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia non si svolgono soltanto sul piano istituzionale, ma anche sul versante culturale, in cui si rendono partecipi della partita anche altri attori, tra i quali, in particolare, la Corte EDU.

<sup>19</sup> Tra i quali, recentemente, si segnalano G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 4/2022, 128 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus*, 17 maggio 2021; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in [Giustizia Insieme](#), 6 aprile 2021; A. RUGGERI, *L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva de iure condendo*, Relazione alla Giornata di studi per Roberto Romboli su *Rileggendo gli "Aggiornamenti in tema di processo costituzionale" e non solo...*, Pisa 5 novembre 2021, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), n. 3/2021; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2020, 659 ss.

<sup>20</sup> ... dovuta alla «solitudine del giudice a quo»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 35. Della medesima opinione anche S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 4/2022, 206.

## 2. Il dialogo alla prova della (ir)-rilevanza della questione

La tematica è in magmatica evoluzione: la Corte costituzionale continua ad operare delle, apparentemente piccole, precisazioni al fine di “temperare” l’indirizzo 269<sup>21</sup>, inaugurato – com’è noto – per evitare il «traboccamento» della Carta<sup>22</sup> e per «rimettersi al centro»<sup>23</sup>, pur forzatamente, nei rapporti con le Corti europee<sup>24</sup>.

A ben vedere, discutere di doppia pregiudizialità includendo nella presente analisi anche la sent. n. 67/2022 potrebbe apparire un grossolano errore<sup>25</sup>. La Carta – come prontamente evidenziato dalla Consulta<sup>26</sup> – non veniva evocata dalle ordinanze di rimessione<sup>27</sup> e non costituiva, pertanto, il parametro di tale giudizio; ciò a differenza della sent. n. 54/2022 che poneva l’art. 34 CDFUE al cuore del suo *iter* argomentativo<sup>28</sup>.

La stessa Sezione lavoro della Corte di Cassazione, nel promuovere l’incidente di costituzionalità<sup>29</sup>, aveva, infatti, già focalizzato l’attenzione sulle disposizioni della Carta, rinunciando espressamente<sup>30</sup> alla possibilità di procedere alla disapplicazione<sup>31</sup> della

---

<sup>21</sup> Espressione di C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 2/2019, 16. Tali “temperamenti” hanno avuto luogo a partire dalle sentt. nn. [20](#), [63](#) e [112 del 2019](#), dall’ord. [n. 117/2019](#), [182 del 2021](#), [13](#), [149](#) e [198 del 2022](#).

<sup>22</sup> Espressione di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. Cost.*, n. 1/2018, 150, ritenuto il “padre putativo” della sent. [n. 269/2017](#), nonostante la firma del giudice redattore porti un altro nome, ovvero quello del giudice Marta Cartabia.

<sup>23</sup> Espressione di T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [federalismi.it](#), n. 3/2021, 133 che evidenzia l’utilizzo improprio, da parte della dottrina, del termine “riaccentramento” per descrivere tale fenomeno, dovendosi, più correttamente parlare di «ri-centralizzazione».

<sup>24</sup> ... dai quali la stessa Consulta si era sottratta negandosi, per lungo tempo, la possibilità di dialogare con la Corte di Lussemburgo sino alla ord. [n. 103/2008](#), per i giudizi in via di azione, ed alla ord. [n. 217/2013](#), per i giudizi in via incidentale; parla di un vero e proprio processo di «autoesclusione» M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana*, in A. Pizzorusso, R. Romboli, A. Ruggeri, A. Saitta e G. Silvestri (curr.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano-Madrid, 2003, 217. «Che le ritrosie della Corte costituzionale ad aprirsi al confronto con la Corte di giustizia siano oramai superate è un dato acclarato dai sempre più frequenti rinvii interpretativi rivolti dalla prima alla seconda in casi di doppia pregiudizialità»: lo evidenzia T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Quad. Cost.*, n. 2/2022, 364. Della medesima opinione anche A.O. Cozzi, *Per un elogio del primato, con uno sguardo lontano. Note a Corte cost. n. 67 del 2022*, in [Consulta OnLine 2022/II](#), 410 ss.

<sup>25</sup> ... «non collocandosi fra le sentenze riconducibili allo “schema 269”», ma rappresentando un «importante contributo al dibattito originato dal noto *obiter*»: così S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l’impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2159.

<sup>26</sup> P.to 1.2.1 del *cons. in dir.* della sent. [n. 67/2022](#) dalla cui lettura, tra le righe, sembra leggersi quasi un rimprovero nei confronti della Corte di Cassazione. Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di S. GIUBBONI-N. LAZZERINI, *L’assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, in [Questione Giustizia](#), 6 maggio 2021, 6.

<sup>27</sup> Ordinanze dell’8 aprile 2021 iscritte ai nn. 110 e 111 reg. ordd. 2021 (G.U. n. 33/2021, 1a serie spec.).

<sup>28</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, in [Lavoro Diritti Europa](#), n. 1/2021, 7.

<sup>29</sup> Ordinanze del 17 giugno 2019 iscritte ai nn. 175, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189 e 190 reg. ordd. 2019 (G.U. n. 44-45/2019, 1a serie spec.).

<sup>30</sup> P.ti 8-11 del *cons. in dir.* ord. n. 175/2019.

<sup>31</sup> ... o meglio alla «non applicazione». Come sostenuto da attenta dottrina, «la diretta applicazione della norma europea sembra essere un’operazione *conseguente* al crearsi di un vuoto normativo»: così A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei Diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, 446.

normativa relativa al “bonus bebè”<sup>32</sup> ed all’assegno di maternità<sup>33</sup> alla luce del contrasto con il diritto europeo derivato, rappresentato dall’art. 12 della Direttiva 2011/98/UE. Tale fenomeno – efficacemente descritto come la «disapplicazione della disapplicazione»<sup>34</sup> – si giustifica con la diversa natura degli effetti che sarebbero potuti derivare «dalla pronuncia della Corte costituzionale rispetto al sistema al cui interno si colloca la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale»<sup>35</sup>. Il peculiare meccanismo della non applicazione opera, infatti, solo nel caso specifico, senza risolvere in maniera definitiva il conflitto tra le fonti<sup>36</sup>, ritenendo, invece, la Cassazione necessario rivolgere la questione alla Corte costituzionale, «al fine di ottenere una risposta univoca e potenzialmente efficace *erga omnes*»<sup>37</sup>.

La traiettoria tracciata dalla sent. [n. 269/2017](#) ha cominciato, così, a mietere le prime vittime<sup>38</sup>, mettendo in crisi il consolidato modello *Granita*<sup>39</sup>. Sembra, infatti, delinearsi una vera e propria “tendenza”<sup>40</sup> in seno ai giudici comuni<sup>41</sup> attratti dal fascino di poter rimuovere

---

<sup>32</sup> Art. 1, co. 125, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

<sup>33</sup> Art. 74 d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

<sup>34</sup> Cfr. R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), n. 3/2020, 93.

<sup>35</sup> Corte cost., ord. [n. 175/2019](#), p.to 10 del *cons. in dir.*

<sup>36</sup> Attenta dottrina aveva già da tempo evidenziato come «il proliferare delle oscillazioni applicative delle disposizioni di principio sui diritti fondamentali, in uno scenario *multilevel* connotato dal moltiplicarsi di Carte e Corti, ha portato ad accentuare l’incertezza del diritto insita nelle soluzioni *inter partes*, rendendo di nuovo attuale l’esigenza di decisioni *erga omnes*, con la loro portata sistemica e nomofilattica»: così T. GROPPI, *Il riaccentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 139. La stessa Corte costituzionale ha, recentemente, affermato la presunta “superiorità” della dichiarazione di illegittimità costituzionale, «rispetto alla disapplicazione totale, o parziale», in quanto offrirebbe una «tutela certa e uniforme nell’intero ordinamento»: così sent. [n. 149/2022](#), p.to 2.2.2. del *cons. in dir.* Di segno opposto l’opinione di M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 46 il quale ritiene che «il sindacato diffuso dei giudici comuni [sia] lo strumento di tutela forse più efficace». A commento della sent. [n. 149/2022](#) si segnala il fascicolo “quasi monografico” n. 3/2022 di *Giurisprudenza Costituzionale* ed i contributi di R. RUDONI, *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativamente al “doppio binario” in materia di diritto d’autore)*, in [Nomos](#), n. 2/2022; F. BAIOLO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens’ (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in [federalismi.it](#), n. 31/2022; M. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l’esempio della garanzia del ne bis in idem*, in [Osservatorio costituzionale](#), n. 1/2023; G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e “doppia pregiudizialità”*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2022.

<sup>37</sup> Così T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., 364.

<sup>38</sup> ... nonostante, inizialmente, proprio la Sezione Lavoro della Suprema Corte si era mostrata restia ad «adattarsi a questo nuovo paradigma»: lo ricorda L. TOMASI, *Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea*, cit., 333, spec. nt. 35, in cui è possibile rinvenire un dettagliato elenco delle pronunzie in tal senso.

<sup>39</sup> Attenta dottrina ha, infatti, evidenziato come le regole imposte ai giudici comuni dalla “svolta 269” comportano «l’allontanarsi (e di molto)» da tale modello: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 32. Della medesima opinione, anche, E. LONGO, *L’eguaglianza alla prova delle migrazioni: la giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni sociali a favore degli stranieri residenti*, in [Diritto, Immigrazione e Cittadinanza](#), n. 2/2022, 223.

<sup>40</sup> Recente lo studio di M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, in *Eurojus*, n. 2/2022, 259 ss. attraverso il quale l’A. ha cercato di inquadrare sistematicamente i comportamenti più diffusi in seno alla giurisprudenza di merito, ed, in parte, di legittimità.

<sup>41</sup> Non è, invero, la prima volta che la Corte di Cassazione intraprende la via che porta alla Consulta in luogo del proprio obbligo disapplicativo: anche con l’ordinanza 16 febbraio 2018, n. 3831 (*G.U.* n. 14/2021, 1a serie

in via definitiva – pur indirettamente<sup>42</sup> – le disposizioni violative sia del dettato costituzionale che di quello europeo<sup>43</sup>, sottraendosi, però, al contempo all’obbligo disapplicativo discendente dalla giurisprudenza *Simmenthal*<sup>44</sup>.

Pervenute le questioni alla Consulta, dopo essere state riunite per omogeneità delle censure, questa sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia attraverso la famosa ord. [n. 182 del 2020](#). Recependo l’impostazione del giudice di legittimità, la Corte costituzionale incentrava l’impianto argomentativo di tale rinvio sull’art. 34 CDFUE posto in una connessione inscindibile con «i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di Cassazione»<sup>45</sup>, limitandosi meramente a menzionare il diritto derivato, relegato all’ingrato ruolo di attore non protagonista.

Nonostante venisse salutata con favore l’apertura al dialogo<sup>46</sup>, maggiori perplessità emergevano in dottrina sulla formulazione del quesito pregiudiziale, reo di aver posto oltremodo l’accento sulla Carta<sup>47</sup>, utilizzata, pure in questo caso, strumentalmente dal giudice delle leggi quale chiave (per la prosecuzione) della manovra di progressivo riaccostamento (*rectius*: progressiva “ricentralizzazione”) del sindacato di eurounarietà.

---

spec.) la Suprema Corte, pur in presenza di una norma europea dotata di effetto diretto, si sottraeva contestualmente alla disapplicazione ed al dialogo diretto con la Corte di Giustizia e sollevava questione di legittimità costituzionale. Il giudizio originato da tale incidente di costituzionalità proseguiva con il successivo rinvio pregiudiziale della stessa Consulta a mezzo dell’ordinanza [n. 117 del 2019](#), poi conclusosi con la [sent. n. 84 del 2021](#) sulla quale si segnalano i commenti di S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 4/2021, 296 ss.; T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Nomos](#), n. 2/2021; S. FILIPPI, *Sulle più recenti evoluzioni dei rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84*, in [Consulta OnLine 2021/III](#), 767 ss.; M. MICETTI, *Diritto al silenzio e insider trading: il confronto tra Roma e Lussemburgo prosequite sulla via del dialogo (Corte costituzionale, sentenza n. 84/2021)*, in [Consulta OnLine 2021/III](#), 758 ss.; P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in [federalismi.it](#), n. 3/2021, 64 ss.; A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in [Consulta OnLine 2021/II](#), 530 ss.; B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in [Diritti Comparati](#), 5 luglio 2021.

<sup>42</sup> La competenza, infatti, resta sempre in capo alla Corte costituzionale.

<sup>43</sup> ... lo evidenzia, con specifico riferimento alle ordinanze che hanno preceduto l’ord. [n. 182 del 2020](#) S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 8.

<sup>44</sup> Sull’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea si segnala, tra tutti, il lavoro monografico di D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018.

<sup>45</sup> Corte cost., ord. [n. 182 del 2020](#), p.to 3.2. del cons. in dir.

<sup>46</sup> In particolare, da R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 89 ss.; S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 7; G. PISTORIO, *L’operatività multilivello della leale collaborazione*, in [Nomos](#), n. 1/2021, 20; B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 1/2021, 30 marzo 2021, 692.

<sup>47</sup> Come sottolineato da D. GALLO e A. NATO, *L’accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell’ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in [Eurojus](#), n. 4/2020, 337; S. GIUBBONI, *L’accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 7; B. NASCIBENE e I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 31 marzo 2022, par. 6.

In realtà, attenta dottrina evidenziava come l'evocazione in campo dell'art. 34 CDFUE fosse funzionale anche per evitare di «scorporare»<sup>48</sup> i giudizi relativi alle due normative *de quibus*; ed invero le questioni di legittimità sollevate dalla Corte di Cassazione concernenti l'assegno di maternità riguardavano fattispecie antecedenti alla scadenza del termine di recepimento della direttiva 2011/98/UE (cfr. il 25 dicembre 2013)<sup>49</sup>.

Non sarebbe stato, quindi, possibile applicare direttamente il diritto derivato, salvo che in relazione all'assegno di natalità. La copertura offerta dalla Carta – utilizzata quindi come una vera e propria “norma-scudo” – avrebbe, invece, potuto garantire il superamento di tale *deficit* di applicabilità, utilizzando, così, un diverso e più ampio parametro in grado di ricomprendere entrambe le normative.

La strategia della Consulta veniva premiata: la domanda pregiudiziale superava l'eventuale difetto di rilevanza della questione relativa all'assegno di maternità nonostante la Corte di Giustizia “riqualificasse il quesito”<sup>50</sup> ed incentrasse la propria pronuncia unicamente sul diritto derivato, e non anche sull'art. 34 CDFUE<sup>51</sup>, sulla cui portata non veniva fornita alcuna delucidazione.

Attraverso un raffinato *escamotage* la Corte di Lussemburgo giustificava la ricevibilità della questione pregiudiziale in ragione del peculiare ruolo ricoperto dal giudice del rinvio il quale non è «chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali»<sup>52</sup>. Al giudice costituzionale viene «rimessa una questione di puro diritto», la cui interpretazione «presenta un rapporto con l'oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali»<sup>53</sup>.

La sentenza sembra, così, introdurre una generale eccezione al “test di ricevibilità” delle domande pregiudiziali<sup>54</sup>, sul quale, per la verità, si registra una tendenza altalenante della Corte di Giustizia<sup>55</sup>, il cui controllo appare talvolta rigido ed inflessibile, talora più elastico<sup>56</sup>. Veniva, in ogni caso, ribadito come una direttiva non possa certamente «essere invocata dai privati per fatti anteriori al suo recepimento al fine di veder disapplicate disposizioni nazionali preesistenti che sarebbero contrarie a tale direttiva»<sup>57</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. D. GALLO e A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 317.

<sup>49</sup> Lo evidenziano T. GUARNIER, *Gli assegni di natalità e maternità agli stranieri, fra Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 365; L. TEBANO, *Accesso agli assegni di natalità e di maternità per i cittadini di Paesi terzi: la consulta abbatte un tabù, nota a Corte Cost. 4 marzo 2022, n. 54*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2022, 351.

<sup>50</sup> Espressione di A. TORRICE, *Siglata la pace tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sul difficile terreno della sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 9 novembre 2021, par. 5.

<sup>51</sup> Così D. GALLO-A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, in [Lavoro Diritti Europa](#), n. 4/2021, 28 dicembre 2021, 19.

<sup>52</sup> Corte di Giustizia, 2 settembre 2021, [O.D. e altri contro Inps](#), C-350/20, p.to 40.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Intuizione di D. GALLO e A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 22.

<sup>55</sup> ... sulla cui evoluzione si veda il recente studio di L. PIERDOMINICI, *The Mimetic Evolution of the Court of Justice of the EU. A Comparative Law Perspective*, Londra, 2020.

<sup>56</sup> Sulla rilevanza della questione pregiudiziale si rinvia a P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI e A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2022, 387.

<sup>57</sup> P.to 40 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

### 3. Un test della connessione

L'originale approdo ermeneutico cui giungeva la Corte di Lussemburgo con riferimento alla rilevanza, veniva temperato da una svolta difensiva sulla scottante tematica della "connessione"<sup>58</sup>.

Tale meccanismo, inaugurato con la sent. [n. 20/2019](#)<sup>59</sup>, rischia, infatti, di relegare ad un ruolo marginale il diritto secondario, in favore di uno smodato protagonismo cui la Corte costituzionale ha condannato la Carta di Nizza-Strasburgo<sup>60</sup>.

Per sfuggire alla morsa della doppia pregiudizialità, il giudice europeo ribaltava, così, il rapporto tra Carta e diritto derivato, imponendo agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>61</sup>.

La controffensiva elaborata dalla Corte di Giustizia si pone in netta antitesi con il meccanismo della connessione, implementando ancor di più il già confuso panorama delle scelte che il giudice nazionale è tenuto a compiere, tanto da non rendere azzardato il paragone con il giudice Ercole dworkiniano, unico in grado a dipanare l'intricata matassa di cui proprio la sent. [n. 269/2017](#) rappresenta il bandolo.

Tale arresto ha, infatti, irrimediabilmente complicato il quadro decisorio innanzi al quale è posta la giurisdizione, oggi gravata di un onere spesso insostenibile. L'atteggiamento proveniente dal Kirchberg è certamente volto a ridurre gli ambiti applicativi di tale meccanismo, limitandone le infinite capacità potenzialmente in grado di fagocitare tutte le questioni di diritto europeo, considerata la «estensione e ricchezza della trama di diritti fondamentali tutelati dalla Cdfue»<sup>62</sup>.

L'estensione della "regola 269" al diritto derivato dell'Unione rischia di relegare la Corte di Giustizia ad un ruolo secondario relativamente alla interpretazione e applicazione del diritto UE, estromettendola dal ruolo del quale la stessa è stata investita sin dalla sua genesi. I giudici di Lussemburgo, temendo lo smodato utilizzo della "connessione"<sup>63</sup> imponevano, così, alla Corte remittente di «esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98»<sup>64</sup>, senza, però, affrontare il tema dell'efficacia interna, diretta o meno, dell'art. 34 CDFUE<sup>65</sup>, una

---

<sup>58</sup> In senso contrario l'opinione di B. SBORO, *Assegni di natalità e maternità e cittadini stranieri con permesso unico: la Corte di giustizia si pronuncia sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 28 ottobre 2021.

<sup>59</sup> ... e perfezionato con la sent. [n. 198/2022](#) in cui, al punto 7.2. del *cons. in dir.*, scompare qualsiasi riferimento alla Carta, potendo il giudice *a quo* investire la Corte «della questione di legittimità costituzionale di una normativa che si assuma in contrasto, per analoghi profili, con una garanzia offerta al diritto fondamentale sia dalla Costituzione, sia dal *diritto dell'Unione* (c.vo aggiunto)».

<sup>60</sup> ... attraverso la trasformazione di «ordinarie questioni riguardanti la compatibilità tra le norme interne e quelle dell'Unione europea [...] in questioni costituzionalmente ben più rilevanti, coinvolgenti i diritti tutelati dalla Costituzione e dalla CDFUE, risolvibili, come tali, dalla Corte Costituzionale»: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 33.

<sup>61</sup> P.to 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>62</sup> Acuta osservazione di A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in [Questione Giustizia](#), 6 febbraio 2020, par. 3.

<sup>63</sup> ... il cui utilizzo da parte della Consulta sembra, tuttavia, piuttosto cauto, e mediato dal previo utilizzo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: lo evidenzia M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 33.

<sup>64</sup> P.to 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>65</sup> Lo evidenziano D. GALLO e A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 25; B. NASCIMBENE e I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, cit, par. 6.

tra le disposizioni «più neglette della Carta»<sup>66</sup> su cui la dottrina si è spesso dibattuta<sup>67</sup>. A dire il vero la Corte non veniva su ciò direttamente interrogata, ma un chiarimento sarebbe stato di certo auspicabile, come evidenziato dai più attenti commentatori che sottolineavano la necessità di evitare di veicolare «l'idea che la Carta svolga una funzione determinante, nella pratica, in tema di diritti sociali, soltanto quando è impiegata nei rapporti privati»<sup>68</sup>.

La Corte costituzionale, prevedibilmente<sup>69</sup>, disattendeva il dettato della pronuncia europea nella parte in cui la Corte di Lussemburgo – ribaltando il rapporto tra Carta e diritto derivato – imponeva agli Stati membri di agire nel rispetto di quest'ultimo, laddove concretizzi «un diritto fondamentale previsto dalla Carta»<sup>70</sup>. La Consulta, infatti, non rimetteva alla Corte di Cassazione l'opera disapplicativa<sup>71</sup> – a differenza della successiva sent. n. 67/2022<sup>72</sup> – e perveniva, ribadendo l'approccio “269 temperato”, ad una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa italiana relativa al “bonus bebè” ed all'assegno di maternità per contrasto anche con l'art. 34 CDFUE.

#### 4. Un'assenza ingombrante

Diametralmente opposto l'approdo cui giungeva la Consulta nella coeva sent. n. 67 del 2022 in tema di assegno per il nucleo familiare (in prosieguo: l'«ANF»)<sup>73</sup>, nonostante il parametro invocato fosse il medesimo (art. 12 della direttiva 2011/98/UE). La ragione di tale divergenza non è certamente da imputare ad una temporanea schizofrenia del Collegio e del giudice redattore<sup>74</sup> ma è da far risalire alla mancata evocazione in campo della Carta da parte di quella medesima Sezione Lavoro che, invece con riferimento al cd. “bonus bebè”, aveva incentrato le proprie ordinanze di rimessione sull'art. 34 CDFUE.

Sembra evidente che il mancato richiamo, nelle ordinanze di rimessione *de quibus*, alla Carta<sup>75</sup> – il cui art. 34 si pone in palese contrasto con la normativa italiana<sup>76</sup> – sia stato frutto

---

<sup>66</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti*, cit., 7.

<sup>67</sup> In particolare, da G. ORLANDINI e W. CHIARAMONTE, *Art. 34*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO e O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, 642 ss.

<sup>68</sup> Così D. GALLO e A. NATO, *Cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico di lavoro e accesso ai benefici sociali di natalità e maternità alla luce della sentenza O. D. et al. c. INPS*, cit., 7. Vale la pena ricordare l'ardito cammino che ha dovuto affrontare la dottrina dell'effetto diretto nei rapporti orizzontali rispetto a quelli verticali; su tale evoluzione si rinvia, per tutti, a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., 275 ss.

<sup>69</sup> Opinione di F. FERRARO e V. CAPUANO, *Bonus bebè e assegno di maternità: convergenza tra Corti e Carte in nome della solidarietà*, cit., 2.

<sup>70</sup> P.to 47 sent. [O.D. e altri contro Inps](#).

<sup>71</sup> A favore di una pronuncia in tal senso R. PALLADINO, *Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra corti nella definizione di un “livello comune di tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell'ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale*, cit., 90 ss. In senso contrario, invece, B. SBORO, *Ancora in tema di assegni di natalità e maternità: la sent. 54 del 2022 della Corte costituzionale dopo il verdetto della Corte di giustizia*, in [Diritti Comparati](#), 31 marzo 2022, 5.

<sup>72</sup> ... tenuto, anche conto, che entrambe le pronunce portano la firma del medesimo redattore.

<sup>73</sup> Previsto dall'art. 2, co. 6-bis, d.l. 13 marzo 1988, n. 69, conv. nella l. 13 maggio 1988, n. 153.

<sup>74</sup> ... peraltro il medesimo.

<sup>75</sup> Tale assenza era già stata evidenziata, in sede di commento alle ordinanze di rimessione, da parte di S. GIUBBONI e N. LAZZERINI, *L'assistenza sociale degli stranieri e gli strani dubbi della Cassazione*, cit., 6.

<sup>76</sup> Contrasto, peraltro, rilevato dall'A.G. E. Tanchev nelle Conclusioni presentate, in data 11 giugno 2020, nella causa [C-303/19 Inps c. V.R.](#), in cui veniva evidenziato che «gli Stati membri non possono pregiudicare l'effetto

di una precisa e ponderata scelta della Suprema Corte<sup>77</sup>, desiderosa di trovare una strada alternativa per sfuggire alla morsa della doppia pregiudizialità.

La mancata evocazione in campo della Carta dei diritti UE<sup>78</sup> da parte delle ordinanze di rimessione veniva immediatamente e puntualmente fatta notare dalla Corte costituzionale<sup>79</sup>, la quale, però, evitava di allargare il *thema decidendum*<sup>80</sup>, attraverso l'estensione del parametro del giudizio<sup>81</sup>. Una «innegabile battuta di arresto»<sup>82</sup> rispetto all'orientamento inaugurato con le sentt. nn. [11](#) e [44 del 2020](#) in cui la Consulta sganciava la “regola 269” dal formale riferimento alla Carta di Nizza-Strasburgo.

Tale rinnovato atteggiamento “formalistico” non lascia dubbi circa le sorti che il giudizio di costituzionalità in questione avrebbe avuto qualora fossa stata eccepita la violazione della Carta dei diritti UE, potendo la Corte provvedere a dichiarare l'incostituzionalità della disciplina dell'ANF per contrasto con essa, proprio come prontamente accaduto nella sent. [n. 54/2022](#) in cui il collegamento tra l'art. 34 CDFUE ed il principio di parità di trattamento si manifestava, invece, in maniera «nitida»<sup>83</sup>.

Il mancato richiamo della Carta, da parte delle ordinanze di rimessione, si rivelava dunque sufficiente per estromettere la Consulta dalla partita e costringerla ad una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza, rimettendo alla Cassazione il compito di disapplicare la normativa *de qua* e garantire il rispetto del principio di parità di trattamento attraverso «la

---

utile della direttiva stessa e devono tenere conto dell'obiettivo di integrazione perseguito da tale direttiva, nonché della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e segnatamente dell'articolo 34 della stessa in materia di previdenza sociale e assistenza sociale, allorché stabiliscono le misure soggiacenti al principio della parità di trattamento sancito da detta disposizione» (punto 39): a ricordarlo è C. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in [Giustizia Insieme](#), 29 gennaio 2021. Le ordinanze nn. 110 e 111 del 2021 con le quali la Corte di Cassazione introduceva la questione di legittimità costituzionale che si sarebbe poi conclusa con la sent. [n. 67/2022](#) venivano, infatti, precedute da ben due distinti rinvii pregiudiziali – ordinanze del 1° aprile 2019 iscritte ai nn. 9021 e 9022 reg. ordd. 2019 (G.U. dell'Unione Europea 2019/C 288/17 e 2019/C 288/18 del 26 agosto 2019) – davanti la Corte di Giustizia, la quale, agevolmente, rilevava che il diritto UE osta alla normativa italiana dell'ANF (Corte di giustizia, 25 novembre 2020, [Inps c. W.S., C-302/19](#) e [Inps c. V.R., C-303/19](#)).

<sup>77</sup> In senso contrario l'opinione di A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 253, il quale ritiene «poco verosimile» che la mancata evocazione in campo della Carta di Nizza-Strasburgo corrisponda ad una precisa scelta della Cassazione.

<sup>78</sup> ... «messa, in questa occasione, in secondo (o terzo?) piano»: così S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2160

<sup>79</sup> Punto 1.2.1 del *cons. in dir.*

<sup>80</sup> ... come d'altronde imposto dal principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato di cui dall'art. 27, I parte, l. 11 marzo 1953, n. 87 laddove, appunto, recita che la Corte costituzionale è vincolata «nei limiti dell'impugnazione». Nella prassi, però, sono frequenti i casi in cui la Consulta abbia disatteso tale principio, estendendo il parametro rispetto a quello indicato dal giudice *a quo* (cfr. pronunce nn. [100/2015](#), [3-148/2017](#), [3-32-62/2018](#)); ed, infatti, «essa ha riconosciuto (Pres. Saja) che – ferme restando la norma impugnata e la norma costituzionale di raffronto – al principio di corrispondenza chiesto/pronunciato bisogna dare un “significato molto flessibile”»: lo evidenziano A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2022, 293.

<sup>81</sup> ... nonostante avrebbe potuto farlo, come sostenuto anche da S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, cit., 2165. La Corte avrebbe, di converso, ben potuto raffreddare «il tono costituzionale» della pronuncia [n. 54/2022](#), ricollocandola così nell'orbita del sindacato diffuso: così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 42.

<sup>82</sup> Così S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, cit., 202.

<sup>83</sup> Punto 10 del *cons. in dir.* sent. [n. 54/2022](#).

concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata»<sup>84</sup>.

### 5. La lotta per la prima parola

Sembra essere ormai lontano il tempo in cui le due Corti – in particolare nel caso *Taricco* – lottavano alacremente per rivendicare il «diritto all'ultima parola»<sup>85</sup>: proprio a partire dalla nota ord. [n. 24/2017](#)<sup>86</sup> la Consulta, come autorevolmente sostenuto, ha accettato il ruolo di essere interprete del diritto europeo sul quale, però, la Corte di Giustizia «ha la *parola ultima*, ma non l'*unica parola*»<sup>87</sup>, la quale si forma anche attraverso le parole della stessa Consulta.

Tale mutamento di prospettiva ha portato in seguito alla svolta operata con la sent. [n. 269/2017](#) con la quale i giudici delle leggi hanno spostato decisamente l'attenzione su chi pronuncia la «prima parola»<sup>88</sup>.

L'evoluzione dei rapporti tra tali attori passa necessariamente dall'opera dei giudici comuni ai quali tale orientamento ha attribuito un ruolo determinante<sup>89</sup>, accentrando nelle mani degli stessi gli esiti interpretativi ed applicativi del diritto europeo, soprattutto nella fase cd. ascendente<sup>90</sup>. Il «vero marchio di fabbrica» dell'odierna tutela multilivello dei diritti fondamentali è rappresentato dalla «solitudine processuale dei giudici *a quibus*»<sup>91</sup>; è dal modo in cui viene «formulata la domanda»<sup>92</sup> che dipende in larga misura la risposta della giurisdizione costituzionale o europea.

Le pronunce oggetto della presente analisi ne sono l'esempio più lampante: la diversa sensibilità dei giudici comuni – peraltro la medesima Sezione Lavoro della Corte di Cassazione – nel menzionare o meno la Carta, ha, infatti, condotto a due pronunce di segno diametralmente opposto, nonostante il parametro di riferimento fosse il medesimo (ovvero l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE).

---

<sup>84</sup> Punto 79 della sentenza Corte di Giustizia, 22 gennaio 2019, [Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatz, C-193/17](#), richiamata, anche, da A. CORRERA, «Dialogo tra corti» sul diritto all'assegno per il nucleo familiare dei cittadini di Paesi terzi: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 67/2022 in [BlogDUE](#), 8 maggio 2022, 7. A margine della sentenza *Cresco*, se si vuole, v. F. TORRE, [La prima volta non si scorda mai: le sentenze "additive di prestazione" approdano a Lussemburgo \(a margine della decisione della Corte di Giustizia nel caso Cresco Investigation\)](#), in [Consulta OnLine 2021/III](#), spec. 862 ss.

<sup>85</sup> A. TIZZANO, *Presentazione*, in F. Ferraro e C. Iannone (curr.), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020.

<sup>86</sup> Ord. [n. 24 del 2017](#) della Corte costituzionale, a commento della quale ci si limita a segnalare, per tutti, l'opera di A. Bernardi e C. Cupelli (curr.), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.

<sup>87</sup> G. AMATO (n.q. di Presidente *pro tempore* della Corte Costituzionale), *Conclusioni*, in B. Carotti (cur.), *Identità nazionale degli Stati Membri, primato del diritto dell'Unione Europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali* – Giornata di Studio tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia, 5 settembre 2022, Roma 2022, 153.

<sup>88</sup> Cfr. S. CATALANO, *Quando la forma prevale sulla sostanza. Note critiche alla sentenza n. 67 del 2022 della Corte Costituzionale*, cit., 200

<sup>89</sup> Di un «ruolo di non secondario rilievo» dei giudici comuni parla A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali ed effettività della tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 1/2023, 131.

<sup>90</sup> Il riferimento più evidente al p.to 2.3. del *cons. in dir.* sent. [n. 20/2019](#) in cui la Corte affermava di essere stata investita della «prima parola» per «volontà esplicita del giudice a quo».

<sup>91</sup> Così M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 34.

<sup>92</sup> Cfr. A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 132.

Gli esiti interpretativi cui è pervenuta la sent. [n. 67/2022](#) offrono, però, una via più sicura a quell'interprete desideroso di «sottrarsi alla morsa del “riaccentramento”»<sup>93</sup>, rafforzando la precisazione già contenuta nella sent. [n. 63/2019](#) in cui veniva esplicitamente riconosciuto «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>94</sup>.

La scelta di rivolgersi in via prioritaria alla Corte di Giustizia rappresenterebbe, certamente, la soluzione da privilegiare per dare concreta applicazione alla regola *Simmenthal*<sup>95</sup>; non caso sino alla svolta operata con la sent. [n. 269/2017](#) la stessa Corte costituzionale prediligeva, anzi imponeva<sup>96</sup>, tale soluzione.

Il rinnovato interesse per la “prima parola” sembra, tuttavia, aver diviso in due schieramenti i giudici comuni, rispettivamente restii o propensi ad adattarsi a questo nuovo paradigma.

Certamente più nutrita è la schiera di coloro i quali, di fronte ad un quadro sempre più intricato e complesso, hanno deciso di rimuovere progressivamente dai propri schemi argomentativi la Carta o di riconciliare a forza precetti normativi tra di loro incompatibili ricorrendo ad «un uso abnorme della tecnica della interpretazione conforme»<sup>97</sup>.

Si contrappone a questa prima “tendenza” il fenomeno esattamente opposto, ovvero quello, già sopra descritto, della «disapplicazione della disapplicazione» che pone in crisi il cd. «triangolo magico»<sup>98</sup> costituito dal primato del diritto dell'Unione, dalla dottrina dell'effetto diretto e dal rinvio pregiudiziale. Tale *modus operandi* elide di fatto quell'obbligo disapplicativo che rappresenta, quale piena espressione della dottrina dell'effetto diretto, «il nucleo dell'originalità e dell'autonomia del diritto UE»<sup>99</sup>.

A fare le spese della manovra di riaccentramento è, quindi, proprio la Carta, ora considerata come un inutile e pesante orpello, da menzionare «eventualmente»<sup>100</sup> soltanto *ad colorandum*, ora utilizzata strumentalmente – quasi si trattasse di «clausola di mero stile»<sup>101</sup> – al fine di rimuovere *erga omnes* le disposizioni con essa contrastanti.

---

<sup>93</sup> Così A. RUGGERI, [Alla Cassazione restia a far luogo all'applicazione diretta del diritto eurounitario la Consulta replica alimentando il fecondo “dialogo” tra le Corti \(a prima lettura della sent. n. 67/2022\)](#), cit., 256.

<sup>94</sup> P.to 4.3 del *cons. in dir.* sent. [n. 63/2019](#) richiamato, anche di recente, dal p.to 7.2. del *cons. in dir.* sent. n. 198/2022. Un ulteriore conferma, in tal senso, dalla viva voce del Presidente *pro tempore* della Corte costituzionale, G. AMATO, nella *Relazione annuale sull'attività svolta*, svolta in data 7 aprile 2022 in cui viene evidenziato che «ove il giudice si sia già rivolto alla Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale e ne abbia ottenuto una sentenza di non conformità della disciplina italiana ai parametri europei, è lo stesso giudice che deve disapplicare le disposizioni di diritto italiano, senza rivolgersi alla nostra Corte».

<sup>95</sup> Si condivide l'opinione di A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in [Giustizia Insieme](#), 25 maggio 2020, nonché in [Diritti Comparati, Working Papers](#), n. 1/2020, spec. 3 ss.

<sup>96</sup> ... con la sanzione della dichiarazione di manifesta inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale per la violazione dell'obbligo di pregiudizialità europea. Tale orientamento, inaugurato a partire dalla ord. n. 206 del 1976, veniva ribadito sino alla ord. [n. 48 del 2017](#), ultima pronuncia in tal senso della Consulta prima della sent. [n. 269/2017](#).

<sup>97</sup> Profetica intuizione di A. RUGGERI, [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#) in [Consulta OnLine 2018/I](#), 158.

<sup>98</sup> Cfr. M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 260.

<sup>99</sup> Espressione di D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, cit., 351.

<sup>100</sup> Cfr. M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 265.

<sup>101</sup> Espressione di M. LOSANA, *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, cit., 35.

Appare evidente come la Consulta sia riuscita nel suo intento di evitarne il «traboccamento», ovvero il rischio di un occulto sindacato diffuso di costituzionalità da parte dei giudici comuni<sup>102</sup>, ai quali, però, è stato affidato l'arduo compito di pronunciarsi sulla "prima parola", diventando gli «arbitri della sequenza degli adempimenti»<sup>103</sup>.

È, quindi, l'ordine delle questioni a determinare la direzione della controversia, potendo il giudice, in base alla propria sensibilità, influire in maniera decisiva sull'esito finale della stessa, tenendo conto della pregressa giurisprudenza dell'una o dell'altra Corte<sup>104</sup>, formalmente costituzionale o materialmente tale che sia<sup>105</sup>. Il complesso rapporto tra questi attori, storicamente conosciuto come "dialogo tra le Corti", sembra oggi trasformarsi in un vero e proprio "trilogo", avendo la "svolta 269" inserito i giudici comuni negli equilibri di questa delicata partita.

---

<sup>102</sup> Così A. GUZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 18 dicembre 2017, 1 ss. Nello stesso senso A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 1/2020, 14 ss. Anche D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 232, osserva che la Corte abbia voluto fare «un chiaro richiamo all'ordine per i giudici comuni».

<sup>103</sup> Espressione di G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e priorità del giudizio costituzionale*, cit., 145.

<sup>104</sup> Sul punto è stata riscontrata «una certa tendenza dei giudici comuni, allorché si siano persuasi di una tesi giuridica sostanziale – suscettibile di appoggiarsi (anche) a principi del diritto dell'UE, ivi compresi quelli di cui alla CDF – di rivolgersi preferenzialmente alla Corte di Giustizia quando, per quella tesi, è prevedibile scarso successo in sede nazionale, alla luce della giurisprudenza pregressa del giudice costituzionale (o delle altre corti supreme)»: così M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, cit., 272.

<sup>105</sup> ... quale ormai tende in modo sempre più marcato ad essere non soltanto la Corte di Giustizia ma anche la Corte EDU. La svolta operata con la sent. [n. 269/2017](#) ha rafforzato questa tendenza; attribuendo, infatti, alla Carta di Nizza-Strasburgo la natura di documento «tipicamente costituzionale» (p.to 5.2 del *cons. in dir.*) logica conseguenza vuole che si debba attribuirne la medesima natura al giudice che ne è istituzionalmente garante.



## Collaboratori del volume

[Antonio Ignazio Arena](#), Ricercatore (TD B) in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina

[Rosario Ceraolo](#), Direttore del Centro Servizi per il Volontariato di Messina ed esperto in Terzo Settore.

[Anna Maria Citrigno](#), Ricercatrice in Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche dell'Università degli Studi di Messina

[Gianluca Famiglietti](#), Professore associato di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa

[Elena Girasella](#), Dottoressa di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina

[Anna Lorenzetti](#), Professoressa associata di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo

[Giovanni Moschella](#), Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università degli Studi di Messina.

[Francesco Picozzi](#), dottore di ricerca in Tecnica legislativa, è Primo dirigente di Polizia penitenziaria, attualmente in servizio presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia

[Annamaria Poggi](#), Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

[Alberto Randazzo](#), Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università degli Studi di Messina

[Emanuele Rossi](#), Professore ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

[Antonio Ruggeri](#), Professore emerito di Diritto costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina

[Letizia Salvo](#), Dottoranda di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina

[Rocco Scicchitano](#), Dottorando di ricerca in Scienze politiche presso il Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina

[Francesco Torre](#), Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche, Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Messina.

*Il volume raccoglie i contributi elaborati a margine del ciclo di seminari tenuti presso l'Università di Messina nell'a.a. 2021-2022*

**CONSULTA ONLINE**

ISBN: 979-12-81326-04-0