

Questioni etiche e scelte tragiche tra corti e legislatori

di Paolo Passaglia

Abstract: *Ethical issues and tragic choices in relations between courts and legislators* – The paper focuses on how courts and legislators deal with ethical issues when they require tragic choices. Definitions of the notions of ‘ethical issues’, ‘tragic choices’, and ‘relationships between the judiciary and the legislative power’ are provided. The empirical phase of the analysis is carried out by focusing on examples taken from the case law of several Constitutional and Supreme Courts. The comparative approach helps identify trends and solutions that Courts adopt when they face sensitive cases that are capable of having a huge impact on their legitimacy.

Keywords: Case law; Courts; Ethical issues; Legislators; Tragic choices.

1. La problematica definizione dell’oggetto della ricerca

Sovente i titoli sono pensati solo dopo che lo scritto sia stato terminato. In altri casi, i titoli emergono man mano che lo scritto prende forma. Per questo contributo, il titolo mi è stato proposto, lasciando peraltro la libertà di apportare modifiche. Di una tale libertà non ho fatto uso, perché il titolo mi ha da subito intrigato. E, nell’incedere dello studio, il carattere intrigante si è fatto progressivamente più forte, in parallelo con il proliferare di possibili letture e declinazioni cui i singoli frammenti del titolo si prestavano. Il lettore potrà, del resto, constatare che una parte consistente dello scritto si sostanzia proprio nella ricerca di una concretizzazione delle nozioni di ampio respiro che il titolo evoca.

Ora, indulgiando senza troppe remore nel campo della banalità, si può riassumere l’enunciato «Questioni etiche e scelte tragiche tra corti e legislatori» come la giustapposizione di tre concetti, all’interno di un contesto che ne veicola un quarto. I tre concetti sono, evidentemente, quelli di «questione etica», di «scelta tragica» e di «rapporti tra organi giurisdizionali e legislatori», che per estensione può diventare «rapporti tra organi giurisdizionali e decisori politici». Su questi tre concetti si distende un quarto, inespresso ma inequivocabile vista la sede, corrispondente alla necessità di dare alla trattazione dei tre temi un approccio comparatistico.

L’ampiezza delle nozioni in discorso rende inevitabile che la delimitazione del tema, l’impianto metodologico e, quindi, finanche i contenuti della ricerca siano destinati a essere precisati, almeno in parte, soltanto *in itinere*. Anche alla luce di questa constatazione, conviene adottare una impostazione che offra la possibilità di costruire l’indagine per gradi. E

il primo *step* della ricerca non può che sostanziarsi nella individuazione delle definizioni operative da dare ai tre concetti evocati nel titolo. Una volta le definizioni fornite, una disamina dei rapporti intercorrenti fra i tre concetti dovrà essere proposta, unitamente alla determinazione del ruolo che può effettivamente ritagliarsi a beneficio della comparazione.

1.1 Il concetto di «questione etica»

Per poter dare una definizione di «questione etica» che sia attendibile, lo scrivente dovrebbe essere in possesso di competenze che non gli appartengono. Ne discende che quello che si può qui proporre è, tutt'al più, una definizione operativa, funzionale a un'indagine condotta dalla prospettiva pubblicistico-comparatistica. In questa logica, le «questioni etiche» non possono essere prese in considerazione in quanto tali, bensì sempre nella misura in cui siano suscettibili di concretizzarsi in questioni *giuridiche*. Già a questo stadio, tuttavia, emergono le prime difficoltà, poiché non pare possibile scampare all'obiezione secondo cui è estremamente complesso scindere etica e diritto, al punto da non poter non cogliere, in una grande quantità (come minimo ...) di questioni giuridiche, una componente etica: in fondo, l'alternativa tra «legittimo» e «illegittimo» non può mai essere del tutto indipendente da quella tra «bene» e «male», salvo rincorrere impostazioni di teoria pura del diritto tanto rigoristiche da finire per risultare chimeriche o, forse, distopiche¹.

L'obiezione è ineccepibile sul piano teorico, a condizione però che il rifiuto di una cesura netta tra diritto ed etica non porti a intraprendere il percorso inverso, cioè quello di una ipotetica fusione/confusione, che sarebbe altrettanto fuorviante: le due dimensioni debbono conservare, in ogni caso, una loro alterità, e, una volta riconosciuta l'influenza inevitabile dell'etica sul diritto, si dovrà allo stesso tempo tenere ferma la diversità di prospettiva in cui ci si muove a seconda che si faccia impiego di norme e *standards* giuridici oppure etici.

L'essere addivenuti al rifiuto di soluzioni *tranchantes*, dell'uno o dell'altro tenore, è solo un primo, molto parziale risultato, giacché nulla si è ancora detto in merito a come ci si debba muovere nel qualificare, dal punto di vista giuridico, le «questioni etiche».

A complicare – e non poco – il quadro si pone, poi, l'ambito nel quale in concreto ci si muove, quello del diritto costituzionale (chiaramente suggerito dal titolo del presente convegno: «Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata»), connotato, per un verso, da una normativa a «maglie larghe», che si presta inevitabilmente a interpretazioni intrise di componenti meta-giuridiche, e, per l'altro, dalla presenza di numerose tematiche che hanno inevitabili contiguità con problematiche etiche. A far da contorno al tutto si colgono le ulteriori difficoltà riconducibili a un relativismo (anche) etico² che permea sempre più

¹ Ogni riferimento alla dottrina pura del diritto di matrice kelseniana è troppo scontato per consentire di indugiare, ma – al contempo – anche per giustificare un'ipotetica omissione del richiamo: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien, 1960 (trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, 2021).

² Per un sintetico inquadramento del concetto di «relativismo etico», v., anche per

le società contemporanee, e che tradotto in termini giuridici ingigantisce il margine lasciato all'interprete nel dedurre dal testo costituzionale indicazioni operative³.

Anche (ma non solo) per questa «liquidità»⁴, è chiaro che la traslitterazione in termini giuridici del riferimento alle «questioni etiche» non potrà prescindere dalle circostanze specifiche del caso. Questa impostazione casistica è presumibile che porti alla constatazione, per un verso, che in un numero rilevante di fattispecie concrete alla base delle questioni giuridiche emergono componenti etiche e, per l'altro, che queste componenti hanno sovente un impatto significativo, al punto che nell'analisi della soluzione giuridica o del processo argomentativo che alla soluzione conduca non possa non trasparire una qualche scelta etica.

Non è, peraltro, sulla *quantità* di etica che conviene qui soffermarsi, ma semmai sulle forme attraverso le quali le problematiche etiche si affacciano all'orizzonte del giurista. Le forme sono, ovviamente, le più varie, così come le prospettive da cui esaminare. L'angolo visuale che appare più promettente, almeno *prima facie*, è comunque quello che parte dall'assunto che le questioni etiche sono strutturate in forma di confronto (se non di contrapposizione) tra diverse istanze, articolate in principi o norme, che il decisore (indipendentemente dall'aggettivo – «politico» o «giurisdizionale» – che lo connota) è chiamato, onde operare una *scelta*, a inglobare all'interno di un discorso che deve in ogni caso mantenere un indefettibile ancoraggio alla dimensione giuridica⁵.

La «questione etica» diventa, per tal via, una «questione giuridica eticamente connotata», cioè una questione nella quale si impone la selezione di un'istanza (*sub specie* di principio, di interesse o di soggetto portatore) rispetto ad un'altra (o ad altre) sulla base di criteri giuridici, salva comunque la necessità di una eterointegrazione. Su tale eterointegrazione si dovrà tornare, ma si può sin d'ora evocare una concretizzazione in termini di

ulteriori riferimenti, S.F. Magni, *Il relativismo etico. Analisi e teorie nel pensiero contemporaneo*, Bologna, 2010. La proiezione in ambito giuridico del relativismo è analizzata, tra gli altri, da L. Galantini, M. Palmaro, *Relativismo giuridico. La crisi del diritto positivo nello Stato moderno*, Milano, 2011.

³ Specie, ovviamente, allorché l'interprete medesimo si orienti verso un'interpretazione meno vincolata al dato testuale e più attenta a far risaltare i «valori»: cfr., ad es., con riferimento all'ordinamento italiano, F. Modugno, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2005; in generale, v. G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, Modena, 2019. Il tema è, almeno in certa misura, oggetto di un'altra relazione presentata nel presente convegno, segnatamente quella di Graziella Romeo; con riguardo al mondo anglosassone, v. già, peraltro, G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020.

⁴ Il richiamo è, anche in questo caso, tanto scontato quanto irrinunciabile: Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge (UK), 2000 (trad. it. *Modernità liquida*, a cura di S. Minucci, Roma-Bari, 2002).

⁵ Se questo è ovvio nel caso del decisore giurisdizionale, non è meno vero nel caso del decisore politico, il quale dovrà comunque conformarsi, nella scelta, a un quadro giuridico che gli si impone e che lo (deve) condiziona(re), una volta che, con l'affermarsi della giustizia costituzionale, anche la politica è stata «saisie par le droit» (per dirla con L. Favoreu, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, 1988).

alternativa bene/male, destinata a tradursi operativamente in bilanciamenti o, eventualmente, orientamenti nell'interpretazione dei parametri costituzionali.

Malgrado questi (assai malfermi) tentativi di delimitazione della nozione, è chiaro che la definizione appena fornita di «questione etica» sia ben lungi dal poter essere identificativa di un ambito preciso. Una definizione vaga, dunque, che può assumere una valenza operativa soltanto prospettando casi che, anche grazie alle altre nozioni, abbiano un sufficiente carattere di concretezza. Per il momento, dunque, non è dato andare oltre, imponendosi il rinvio a una fase successiva della ricerca⁶.

1.2 Il concetto di «scelta tragica»

Il concetto di «scelta tragica», di primo acchito, non può non richiamare alla mente una delle opere giuridiche più fortunate degli ultimi decenni, e cioè il volume per l'appunto dal titolo *Scelte tragiche*, di Guido Calabresi e Philip Bobbitt⁷. Anzi, la tentazione sarebbe molto forte di indirizzarsi verso un supino recepimento delle definizioni proposte dagli illustri autori.

L'opzione sarebbe invero comoda, ma non potrebbe fugare il dubbio in merito alla reale utilità di riproporre, a distanza di decenni, le stesse problematiche, magari con qualche aggiornamento e integrazione provenienti da casi concreti. Nel volume in discorso, infatti, la tragicità delle scelte si collega a «quelle scarsità di risorse che rendono particolarmente penose scelte necessarie»⁸, giacché «[p]er quanto la scarsità possa essere evitata per alcuni beni, rendendoli disponibili per tutti senza alcun costo, ciò non può accadere per ogni tipo di bene» e, «[n]ella distribuzione di beni scarsi, la società è chiamata a decidere quali metodi di allocazione adottare»⁹: proprio il dilemma dell'allocazione ha indirizzato la ricerca, che è stata allora condotta principalmente, anche se non esclusivamente, verso lidi connessi ai rapporti tra istituzioni e mercato, all'interno di un'analisi fortemente segnata dall'applicazione del principio di eguaglianza. Chiaramente, le questioni etiche non sono state neglette, ma forse non hanno assunto quell'apertura che viene richiesta, sia dal titolo di questo contributo, sia dallo sviluppo che la società ha conosciuto negli ultimi lustri. Del resto, la dimostrazione più lampante della opportunità di adottare un approccio almeno in parte diverso da quello di Calabresi e Bobbitt è fornita dallo stesso Calabresi, il quale, nella *Premessa alla seconda edizione italiana* del volume, del 2006, ammette che, «quando pens[ia] a *Scelte tragiche*», la sua attenzione «va non solo alle scelte che sono dettate dalla presenza di scarsità [...] ma anche, e con eguale intensità, ad altre scelte di cui il libro non parla», come ad esempio «l'aborto, la pena di morte, il suicidio assistito, ecc., che comportano decisioni scottanti per molte società»¹⁰.

⁶ V. *infra*, *passim*, ma in part. par. 1.4.1. e parr. 2.3. ss.

⁷ Il riferimento va, come è chiaro, a G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic Choices*, New York, 1978 (trad. it. *Scelte tragiche*, a cura di C.M. Mazzoni, V. Varano, 2^a ed., a cura di V. Grembi, Milano, 2006).

⁸ G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic Choices*, cit., 7.

⁹ *Id.*, 8.

¹⁰ *Id.*, XXII.

Queste parole si ritiene – o almeno si auspica – che possano consentire di parlare di «scelte tragiche» evitando di ripercorrere pedissequamente il percorso tracciato, ormai quasi mezzo secolo fa, da *Scelte tragiche*. Senza ovviamente trascurare l'insegnamento ricevuto, si proverà a dire qualcosa di diverso, anche se – con ogni probabilità – non di originale. Anzi.

Allo scopo, un valido punto di partenza può essere individuato in un breve *excursus* etimologico. Il termine «tragedia», infatti, è solitamente fatto risalire all'associazione di «*trágos*», cioè «capro» o «agnello», e di «*á(i)dô*», «canto», onde indicare la composizione poetica che, durante i riti dionisiaci, accompagnava il sacrificio dell'animale o che, secondo altre interpretazioni, veniva premiata con il dono dell'animale¹¹.

Questa alternativa è stata con il tempo superata dalla traslazione di significato impostasi con le opere di Eschilo, Sofocle ed Euripide, andando la tragedia a identificare quell'«opera e rappresentazione drammatica che si caratterizza, oltre che per il tono e lo stile elevato, per uno svolgimento e soprattutto una conclusione segnati da fatti luttuosi e violenti, da sventure e gravi perdite e sofferenze»¹², tanto da dar credito alla diversa ricostruzione etimologica per la quale il collegamento sarebbe da farsi con la radice «*tar-*», che indica il «*penetrare, trapassare*, e per analogia *ferire, uccidere*»¹³.

Se ci si colloca in questo orizzonte, le «scelte tragiche» di cui si è qui chiamati a trattare attengono a situazioni nelle quali le opzioni sul tappeto del decisore sono caratterizzate da una drammaticità tanto estrema da evocare, addirittura, l'idea del lutto, attuale o perlomeno potenziale. Pur senza dover necessariamente giungere a questa visione estrema, le scelte tragiche possono essere identificate in quelle nelle quali il decisore è conscio che le sue determinazioni possono riverberarsi, potenzialmente o fattualmente, a breve o a medio termine, in esiti gravemente pregiudizievoli per i soggetti la cui posizione non abbia ricevuto una tutela compiuta, evidentemente in conseguenza della considerazione di esigenze contrapposte e, in definitiva, della posizione di altri.

Adottando questa prospettiva, pare che ci si debba rassegnare a veder sorgere qualche problema nella chiara differenziazione in concreto tra quelle che sono le «questioni etiche» e quelle che integrano le «scelte tragiche»: il carattere tragico della scelta deriva dalla drammaticità della scelta stessa, e la drammaticità si colora, non di rado, proprio alla luce dei principi etici che vengono in gioco e delle conseguenze che la loro applicazione ingenera. Nella versione più ristretta connessa al verbo «*trar-*», la rigorosa attinenza alla dimensione vitale o comunque della sofferenza personale dirige l'attenzione verso quel settore nel quale le problematiche della vita si condensano all'intersezione tra la bioetica e il biodiritto. In ogni caso, anche adottando un approccio meno radicale, il rischio di percorrere, sotto le insegne delle «scelte tragiche», strade già battute nel discorrere di «questioni etiche» è molto elevato, al punto che non sarebbe forse improprio

¹¹ Cfr. voce *Tragedia*, in *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana* di Francesco Bonomi, 2004-2008, versione online, <https://www.etimo.it/?cmd=id&id=18547&md=36ab2b9f03cf033cea2200fa8a651eb7>.

¹² Così voce *Tragedia*, in *Vocabolario online Treccani*, www.treccani.it/vocabolario/tragedia/.

¹³ Cfr. voce *Tragedia*, in *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, cit.

individuare nelle scelte tragiche semplicemente quella parte delle questioni etiche che si presentano come più gravi e quindi più drammatiche.

Il concetto di «scelta tragica», tuttavia, può essere declinato anche in termini parzialmente diversi, con esiti forse più fecondi per lo sviluppo della presente trattazione. Il carattere «tragico» della scelta, infatti, può essere colorato della drammaticità che discende dalla gravità e dall'intensità correlati al carattere della inevitabilità. La scelta può quindi dirsi tragica (anche soltanto) perché ineluttabile, e allora l'attributo non ricade esclusivamente sull'oggetto della scelta, cioè sull'alternativa, bensì anche sul soggetto che questa scelta è chiamato a compiere, e che è conscio che l'alternativa che gli si pone dinanzi *potrà non porsi* (se non addirittura, *non potrà porsi*) dinanzi ad altri in futuro.

Senza obliterare quanto suggerito dall'indagine etimologica, dunque, il carattere tragico deve implicare, anche, che la scelta drammatica sia suscettibile di configurarsi come una determinazione potenzialmente definitiva, sulla quale non è dato ritornare, quanto meno in teoria.

Prospettata questa accezione al secondo elemento della triade che compone il titolo del presente contributo, risulta tutto sommato agevole trovare, non solo terreni di sovrapposizione (o di incontro), ma anche ragioni di alterità rispetto al primo elemento, le «questioni etiche». Ancor più promettente, però, è ciò che si tratteggia in riferimento ai rapporti con il terzo elemento della triade, quello, appunto, che si rivolge ai soggetti chiamati a decidere.

1.3 Le «corti», i «legislatori» e (gli altri)i soggetti decidenti

Fra i tre concetti da analizzare, a presentare la valenza più restrittiva è certamente quello inerente ai rapporti tra organi giurisdizionali e decisori politici. Il riferimento a queste tipologie di soggetti implica, infatti, una delimitazione dell'ambito di indagine all'interno del circuito istituzionale, escludendo, quindi, tutti i soggetti riconducibili alla c.d. «società civile».

Ora, un qualunque tentativo di individuare coloro che sono chiamati ad affrontare «questioni etiche», potenzialmente compiendo «scelte tragiche», conduce a riconoscere un ruolo di particolare rilievo a beneficio di atti normativi e/o di decisioni giurisdizionali, il che consente di giustificare ampiamente il riferimento contenuto nella parte conclusiva del titolo di questo contributo.

Non si tratta, dunque, di dover verificare l'ovvio, e cioè *se* abbia senso inserire, nella trattazione di questioni etiche e scelte tragiche, il riferimento ai rapporti tra corti e legislatori. Si tratta, semmai, di cercare di cogliere *quale sia* il senso da attribuire a questo riferimento. Allo scopo, non può trascurarsi che, nella dinamica di qualunque sistema giuridico, il numero di «scelte tragiche» connesse a «questioni etiche» compiute da giudici o da decisori politici rappresenta una percentuale probabilmente molto esigua del totale. Solo per fare un esempio, il confrontare la quantità di scelte di questo tipo che vengono compiute da soggetti istituzionali e quelle che, *quotidianamente*, vengono poste in essere dal personale medico, allorché ci si trovi confrontati a uno stato di necessità, o quando si debba decidere tra rischi da correre e prospettive di salvaguardia della vita, tra protezione contro sé stessi e

limitazione dell'autodeterminazione, etc., evidenzia una tale sproporzione in termini di valori numerici assoluti da poter finanche revocare in dubbio l'appropriatezza della delimitazione compiuta nel disegnare l'ambito della presente indagine. Alle scelte del personale medico, poi, dovrebbero aggiungersi quelle di altri soggetti della società civile, che compiono scelte parimenti tragiche e dalla forte venatura etica, che si tratti di agenti delle forze dell'ordine chiamati a decidere sulle modalità attraverso cui concretamente assicurare l'ordine e la sicurezza pubblici o di ricercatori che devono decidere come condurre certi esperimenti in laboratorio, per tacere di ingegneri chiamati a stabilire quali soggetti e interessi sacrificare per assicurarne altri, ad esempio attraverso decisioni incidenti sulla circolazione stradale, aerea o ferroviaria, o di geologi e, in genere, di scienziati che, in varie forme, siano posti di fronte al bilanciamento tra la garanzia del benessere di soggetti viventi e la sostenibilità dello sviluppo (*ergo*, il benessere di soggetti futuri).

Questi esempi, del tutto scontati e comunque ben lungi dal potersi dire sufficientemente rappresentativi, interrogano chi debba trattare di questioni etiche e scelte tragiche, soprattutto in vista di un chiarimento della relazione che possa dirsi intercorrente tra le scelte compiute dalle «istituzioni» e quelle che si sviluppano all'interno della c.d. «società civile».

La tentazione, che diventa forte di fronte alla sproporzione dei dati numerici, è quella di fare delle scelte compiute dalle istituzioni una sorta di sineddoche rispetto alle scelte che animano l'intero ordinamento. Le scelte tragiche su questioni etiche poste in essere da giudici e/o da decisori politici sarebbero, in questa logica, rappresentative anche di quelle compiute da altri, quasi alla stregua della punta dell'*iceberg* che permette di indovinare, con una approssimazione auspicabilmente ragionevole, la consistenza del ghiaccio della parte sommersa. Un tale percorso presenterebbe l'indubbio vantaggio di poter accreditare come olistica la prospettiva dell'analisi qui delineata, rafforzando in maniera quasi automatica il carattere scientifico.

Il punto è, tuttavia, che, per quanto allettante possa essere, l'idea di una sineddoche si dimostra fuorviante, poiché le scelte di cui si tratta sono *ontologicamente* diverse a seconda che siano compiute a livello istituzionale oppure a opera di soggetti riconducibili alla società civile. Ciò per vari fattori, il più importante dei quali non è quello che, probabilmente, viene alla mente in prima battuta. Certo, non può essere privo di un qualunque rilievo il fatto che le scelte tragiche compiute a livello istituzionale abbiano una portata che trascende il caso singolo, mentre le scelte di altri soggetti, in linea tendenziale, hanno una portata limitata al caso singolo: tralasciando l'ipotesi – peraltro affatto verisimile – che i comportamenti individuali contribuiscano a fondare prassi operative, si potrà obiettare che, specie per le decisioni giurisdizionali, la valenza *erga omnes* è tutt'altro che assicurata; in sede di replica si può sottolineare che, comunque, l'effetto di precedente produce un qualche condizionamento, e non solo negli ordinamenti di *common law*, ma anche in quelli che si annoverano all'interno della tradizione romano-germanica¹⁴.

¹⁴ Non è possibile, chiaramente, neppure tentare un approfondimento di una tematica tanto vasta e, al contempo, centrale. Per sintetici inquadramenti comparatistici, oltre che per ulteriori riferimenti, si rinvia a A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema*

La discussione sulla portata delle scelte, che le righe precedenti non sarebbero certo sufficienti a esaurire, presenta, in ogni caso, un interesse dimidiato se si considera che un altro elemento distintivo assume un'importanza ben più marcata. In effetti, se i decisori «istituzionali», come si è detto, operano scelte che sono orientate dalle norme giuridiche, ora in maniera quasi esclusiva ora in chiave di limite alla discrezionalità politica, nel caso delle scelte operate da esponenti della società civile, le regole primordiali sono di altro tipo, giacché rispondono, per l'essenziale, alle acquisizioni scientifiche: in tal senso può citarsi il caso del medico chiamato a compiere una scelta tragica implicante una questione etica, il quale orienterà il suo comportamento sulla base delle indicazioni suggerite dall'evoluzione della scienza che esercita, nella misura in cui saranno queste che consentiranno di formulare prognosi relative ai rischi di certi trattamenti, ai risultati attesi, alle probabilità di sopravvivenza, etc.

Con ciò non vuol dirsi, ovviamente, che i soggetti istituzionali prescindano dai dati scientifici, ché anzi molte delle loro decisioni traggono alimento proprio da questi. Ciò nondimeno, l'apporto della scienza verrà sempre incanalato sui binari del diritto, vuoi nel senso che il *conditor juris* utilizzerà i dati scientifici per formulare le disposizioni, eventualmente anche dotate di un alto coefficiente di tecnicismo, vuoi nel senso che il giudice utilizzerà le acquisizioni scientifiche per orientarsi nel dare concretezza alle norme giuridiche che si trova a dover applicare. Gli esempi che potrebbero prospettarsi sono molti e molto variegati¹⁵, tanto che il discorso che si potrebbe aprire a questo punto finirebbe per portare assai lontano rispetto all'ambito qui in discussione; il dato fondamentale è che, in ogni caso, l'uso della scienza è ricondotto alla produzione o all'applicazione di norme giuridiche, le quali restano quindi i riferimenti fondamentali delle scelte operate da legislatori e corti¹⁶.

delle fonti del diritto, Torino, 2005, 34 ss., e a L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 44 ss.; per l'analisi specifica di molteplici ordinamenti, riconducibili a diverse tradizioni culturali, resta ancora fondamentale il richiamo a D.N. MacCormick, R.S. Summers (Eds), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, London, 1997.

¹⁵ Per qualche spunto, v. *infra*, *passim*, ma soprattutto par. 2.3.2., con riferimento all'esistenza di obblighi vaccinali.

¹⁶ La bibliografia in materia è di difficile individuazione, stante il collocarsi delle tematiche al crocevia tra diverse discipline ed essendo inevitabile una compenetrazione tra studi di ordine generale e studi concentrati su singole tematiche, pur se dalla valenza potenzialmente paradigmatica; il tutto, tra l'altro, dovendo anche tener conto dell'oscillare tra l'esame di un singolo ordinamento e una prospettiva di diritto comparato. Anche per alcuni riferimenti, si rinvia, relativamente al rapporto tra scienza e produzione del diritto, a S. Penasa, *Alla ricerca di un lessico comune: inte(g)razioni tra diritto e scienze della vita in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 2020, 3, 3307 ss. Con precipuo riguardo, invece, all'utilizzo della scienza da parte dell'organo di giustizia costituzionale, v. C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, il quale opportunamente rileva che, se «[l']a contaminazione scientifica del processo normativo è ormai ovunque riconosciuta come un valore aggiunto di una disciplina legislativa, in termini sia di maggior efficacia sia di più ampia e sicura legittimazione», «[m]eno indagato e condiviso è invece il rapporto diretto fra il recepimento dei risultati della letteratura scientifica e la stessa legittimità costituzionale della legge "di risulta"» (*ivi*, 9).

Ora, anche in ragione della separatezza che tra diritto e scienza non può non mantenersi, i principi della scienza medica, alla stessa stregua di quelli della scienza ingegneristica o della climatologia o ancora della geologia e di molte altre scienze, non trovano, se non occasionalmente, un riscontro diretto in norme giuridiche *à part entière*. Proprio da questo discende la collocazione in buona misura meta-giuridica dei criteri che guidano i soggetti appartenenti alla società civile nel compimento di scelte tragiche. I principi e le regole delle varie scienze trovano, infatti, concretizzazioni che sono rintracciabili (non già per solito in norme giuridiche, ma semmai) in codici di condotta, in codici deontologici, in linee-guida e in tutti gli altri strumenti di *Soft Law* con cui si cerca di dar corpo a vincoli che assicurino il rispetto degli *standards* più elevati possibile nello svolgimento delle attività dei professionisti, generalmente coniugando le acquisizioni scientifiche e l'attenzione a problematiche etiche che dall'utilizzo in concreto della scienza derivino. Il diritto, inteso come *Hard Law*, non può dirsi estraneo a tutto questo, ma sarebbe perlomeno improprio enfatizzare il suo ruolo oltre quello di fornire orientamenti generali: gli strumenti di *Soft Law* che si sono evocati agiscono nel dettaglio, cioè precisamente là dove gli atti di *Hard Law* non riescono a penetrare, e orientano gli operatori nell'adozione di comportamenti che le norme giuridiche non riescono a definire chiaramente come legittimi o meno¹⁷. Il tema meriterebbe una analisi ben più ampia che non è possibile svolgere, tuttavia si può tentare una sintesi, per quanto approssimativa, sottolineando che la logica che muove le scelte tragiche, negli ambiti ora in discorso, appare piuttosto lontana da quella politica e/o giuridica: sono i riferimenti scientifici a guidare le condotte¹⁸, ed è solo occasionalmente che il diritto, nel dar veste

¹⁷ La contrapposizione tra *Hard Law* e *Soft Law* è divenuta ormai da tempo di uso comune, per quanto la frontiera sia, in concreto, assai difficile da tracciare. Sul tema, v., anche per una ricostruzione del dibattito dottrinale, G.C. Shaffer, M.A. Pollack, *Hard Vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minn. L. Rev.* 706, 712 (2010).

¹⁸ Gli esempi che potrebbero proporsi sono molto numerosi. Particolarmente significativo, tuttavia, appare quanto si è potuto constatare in occasione dell'emergenza pandemica, quando il concetto di «scelte tragiche» è stato ripetutamente evocato, in relazione all'eccezionalità delle sollecitazioni della sanità pubblica, sia per il numero di prestazioni richieste sia per la loro natura: il numero dei ricoveri è aumentato vertiginosamente, ma forse ancora più significativo è stato l'aumento dei ricoveri in terapia intensiva. Di fronte a questo aspetto della crisi sanitaria, molte società si sono confrontate, per la prima volta da decenni, con risorse limitate o addirittura insufficienti rispetto ai bisogni. Il carico delle scelte effettivamente «tragiche» (anche nell'accezione data da Calabresi e Bobbitt: cfr. *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia*, in *Giustizia Insieme*, 17 maggio 2020, www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/117-diritto-dell-emergenza-covid-19/1049-tragic-choices-43-anni-dopo-philip-chase-bobbitt-riflette-sulla-pandemia, intervista di R. Conti) si è proiettato, per l'essenziale, sul personale sanitario, che non ha quindi potuto fruire di indicazioni generali da parte di decisori politici o di organi giurisdizionali, ma, al più, di indicazioni di *Soft Law*, come avvenuto, ad esempio, in Francia, con il documento dal titolo «*Covid-19, Contribution du comité consultatif national d'éthique: Enjeux éthiques face à une pandémie. Réponse à la saisine du ministre en charge de la santé et de la solidarité*», pubblicato il 13 marzo 2020 dal Comité consultatif national d'éthique (www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-07/R%C3%A9ponse%20CCNE%20-%20Covid-

a questioni scientifiche (come a questioni etiche), finisce per giocare un ruolo di primo piano. Ma si tratta, appunto, di casi che, sebbene non isolati, non sono certamente frequentissimi.

Queste considerazioni non valgono soltanto a smontare qualunque velleità di assimilare le due sopra indicate categorie di soggetti chiamati a compiere scelte tragiche. Le diversità tratteggiate finiscono per tradursi nell'impossibilità di far convivere in un discorso unitario l'analisi di entrambe, soprattutto allorché l'obiettivo sia quello di impostare un lavoro di marca comparatistica.

Anticipando quanto si avrà modo di argomentare in seguito¹⁹, è chiaro che l'applicare un approccio comparatistico all'analisi del combinarsi di «questioni etiche», «scelte tragiche» e «rapporti tra organi giurisdizionali e decisori politici» comporta un concentrarsi sulle implicazioni che la combinazione ha sul terreno giuridico e sui riflessi che il diritto può, a sua volta, produrre sulla combinazione medesima. Allorché si volga lo sguardo ai soggetti della società civile chiamati a scelte tragiche su questioni etiche, una tale impostazione non può essere riproposta, perché gli stessi parametri che guidano le scelte spostano l'asse sul quale il lavoro del giurista può muoversi, un asse che diviene quello dei rapporti tra il diritto propriamente detto e i modelli di comportamento (e di decisione) che orientano le determinazioni soggettive: l'oggetto precipuo di indagine, allora, va a identificarsi nella collocazione nell'ordinamento giuridico (e nel sistema delle fonti, in particolare) propria degli strumenti di *Soft Law* che si sono citati, nei riflessi che sono prodotti (ad esempio, in termini di giustificazione delle condotte) dall'aver ad essi ottemperato, e via dicendo. Se così è, allora, il comparatista che sviluppi una ricerca su questo tipo di scelte tragiche sarà inevitabilmente condotto a confrontare le soluzioni dei vari sistemi relativamente al riconoscimento della *self-regulation*, ai tipi di scriminanti previste, etc.

Tutte problematiche, quelle appena evocate, che appaiono significativamente distanti da quelle che possono animare la ricerca comparatistica concernente le scelte potenzialmente tragiche, in connessione con questioni etiche, operate da soggetti istituzionali. A questi ultimi conviene dunque tornare, chiudendo un *excursus* che, per quanto apparentemente estraneo all'oggetto dello studio richiesto dal titolo dell'intervento, si è rivelato – almeno così pare – di importanza non trascurabile al fine di connotare l'oggetto dello studio medesimo e – perché non ammetterlo? – soprattutto per ridimensionarne la valenza, relativizzandone l'impatto in parallelo con la limitatezza delle fattispecie che

[19%20%20Def.pdf](#)), e in Italia, con il parere reso l'8 aprile 2020 dal Comitato nazionale per la bioetica su «Covid-19: la decisione clinica in situazione di scarsità di risorse e il criterio del triage in emergenza pandemica» (<https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-e-risposte/covid-19-la-decisione-clinica-in-condizioni-di-carenza-di-risorse-e-il-criterio-del-triage-in-emergenza-pandemica/>). Per approfondimenti di ordine sia filosofico che giuridico sulle sfide imposte dalla pandemia in termini di scelta delle cure da somministrare, non può che rinviarsi alla *Sezione 5 – At the Bed Side: Scelte tragiche e risorse limitate, special issue*, 1, 2020 del *BioLaw Journal*, cui adde, sul piano dell'analisi filosofica, M.A. Ryan, *Tragic Choices, Revisited: COVID-19 and the Hidden Ethics of Rationing*, in 28(1) *Christ. Bioeth.* 58 (2022).

¹⁹ Cfr. *infra*, par. 1.5.

cadono sotto la sua lente rispetto al complesso delle scelte tragiche operate quotidianamente ai più diversi livelli dell'ordinamento e della società.

1.4 I rapporti fra le tre nozioni

Le considerazioni che si sono svolte in riferimento ai tre concetti enucleati dal titolo dell'intervento confermano, in buona misura, l'idea già espressa della difficoltà, più o meno pronunciata, di delineare con precisione i loro confini. Le difficoltà non sono, però, soltanto – per così dire – «interne» a ciascun concetto, concretizzandosi, infatti, anche in riferimento alla struttura che può delinarsi per descrivere i rapporti fra le tre componenti del titolo.

La tentazione iniziale sarebbe quella di proporre una sorta di sommatoria degli ambiti da analizzare. Sussistono, tuttavia, alcune controindicazioni che appaiono di non poco momento. Innanzi tutto, non possono trascurarsi i limiti soggettivi delle conoscenze dello scrivente, il quale non sarebbe in grado di svolgere in maniera approfondita un'analisi sui tre ambiti indicati. In secondo luogo, sussistono dei limiti oggettivi collegati al fatto che il presente è uno studio che non nasce per essere monografico e che, invece, così andrebbe ad estendersi su ben tre ambiti, idonei ciascuno a giustificare (ampi) lavori monografici. Infine, parrebbe di una utilità più che questionabile una dinamica ispirata alla sommatoria, e ciò sia in termini assoluti che in termini contingenti. In termini assoluti, non sono pochi gli scritti di ampio respiro, anche di solido impianto comparatistico, che si sono occupati di uno o più dei tre temi individuati, donde il rischio di finire per ripercorrere strade già tracciate. In termini contingenti, poi, sarebbe di una miopia troppo grave per non essere colpevole il non prendere atto della circostanza che almeno alcuni dei temi che compongono l'oggetto di questa ricerca tangono o intersecano quelli che sono stati assegnati alle cure di altri interventori al presente convegno, che dunque sapranno offrire spunti che qui si potrebbero al limite imitare se non puramente e pedissequamente ripercorrere.

Esclusa, dunque, la composizione dell'oggetto del contributo per sommatoria, la strada che appare imporsi è quella di prospettare (o almeno tentare di farlo) una ricostruzione che segua un orientamento diverso, un orientamento che, per riprendere la terminologia tipica dell'insiemistica, possa evocare l'idea dell'intersezione fra i tre insiemi designati, e cioè quelli delle questioni etiche, delle scelte tragiche e dei rapporti tra corti e legislatori.

L'obiettivo che si è allora chiamati a perseguire è quello di individuare quali siano gli elementi che, comuni alle tre tematiche indicate, presentino un interesse che divenga rilevante in considerazione dell'impatto che essi hanno per definire i singoli sistemi – cioè, le singole tematiche – e per restituire il significato della scelta di associare tre tematiche che non sono tra loro indissolubilmente legate o, meglio, che non sono invariabilmente trattate in maniera congiunta.

Al fine di tradurre in termini concreti questo intendimento, avendo riguardo a quanto si è detto relativamente alla sua portata limitativa, conviene, probabilmente, partire dai rapporti tra «corti» e «legislatori», *rectius*, tra giurisdizione e decisore politico, e proporre un'analisi delle prime

due nozioni alla luce della terza.

1.4.1 La multiforme qualificazione della questione etica alla luce dei rapporti tra giurisdizioni e decisori politici

La presenza di una «questione etica» è presumibile che abbia riflessi sui rapporti tra organi giurisdizionali e decisori politici. Anzi, in linea di principio non può non averne. Ciò posto, ci si scontra con la difficoltà – tutt'altro che trascurabile – di misurare questi riflessi.

Una difficoltà che attiene, innanzitutto, all'individuazione della sede in cui operare la misurazione. In teoria si potrebbe andare a verificare quanto, nel *law-making process* inerente a questioni implicantivi significativi profili etici, possano pesare precedenti prese di posizione (e dunque possibili future decisioni) assunte da organi giurisdizionali: la ricerca sarebbe senz'altro di grande interesse, ma anche di estrema complessità, implicando una ricostruzione dei lavori preparatori di atti normativi, nella prospettiva di recuperare la *ratio legis*, magari l'*occasio* o anche, semplicemente, le posizioni espresse durante i dibattiti. Con il rischio di recuperare dati frammentati, di per sé non particolarmente eloquenti, specie nell'ottica richiesta di filtrare il peso reale avuto da pronunce giurisdizionali, anche su temi limitrofi o analoghi a quelli in discussione. In buona sostanza, non si tratterebbe forse di cercare un ago in un pagliaio, ma l'insieme di dati ottenuti sarebbe assai problematico da sistematizzare, forse fin troppo per renderlo davvero fruibile.

Più semplice – la valutazione è puramente relativa – appare agire sull'altro versante, e cioè quello giurisdizionale, andando a verificare se e in che misura la possibilità di evocare una questione etica possa tradursi in un argomento spendibile da parte del giudice nel dialogo a distanza con il decisore politico che si instaura in occasione del controllo di un atto di quest'ultimo o nella prospettiva che quest'ultimo adotti decisioni incidenti sulla questione.

Una ricerca empirica al riguardo sarebbe certamente ipotizzabile, pur essendo lungi dall'essere agevole da condurre. Nell'economia di queste pagine, tuttavia, rischierebbe di risultare eccessiva, poiché si andrebbe probabilmente a sovrapporre, almeno in (buona) parte, all'analisi empirica che si dovrà condurre coinvolgente anche il concetto di «scelta tragica». Per questo motivo, a tale analisi si farà qui – impropriamente – rinvio²⁰ e ci si accontenterà di svolgere alcune considerazioni astratte, che vorrebbero riportare i tratti essenziali delle ipotesi da cui l'indagine empirica che non si svolgerà avrebbe presumibilmente preso le mosse.

Se è vero che l'invocabilità di una «questione etica» può rappresentare una carta in mano al giudice, questa carta è ben lungi dall'aver un valore univoco. In particolare, il contesto può essere profondamente diverso a seconda che si abbia una convergenza attorno a determinate istanze o norme etiche oppure che, in riferimento a una determinata questione, si debba constatare una divaricazione significativa nell'ambito della società.

Il primo caso è quello in cui il giudice può giocare l'*atout* della

²⁰ V. *infra*, spec. parr. 2.3. ss.

«questione etica» in chiave di rafforzamento della propria legittimazione a intervenire. Poiché l'argomento etico ha una valenza coagulante, non si pongono ostacoli rilevanti alla sua invocazione al fine di guidare la lettura del testo normativo (costituzionale), vuoi per interpretare termini o espressioni suscettibili di molteplici letture vuoi per colmare silenzi che il tessuto normativo faccia emergere. L'eterointegrazione del dato giuridico attraverso argomenti meta-giuridici permetterà di meglio proteggere principi e interessi generalmente riconosciuti o di più efficacemente censurare decisioni o condotte eticamente inaccettabili. Il punto è, però, che nelle società complesse come quelle contemporanee è tutt'altro che frequente che argomenti etici siano effettivamente coagulanti. Anche senza voler chiamare in causa gli effetti polarizzanti e contrappositivi della comunicazione sui *social media*²¹, non può non riconoscersi che è tutt'altro che agevole la ricerca di principi e valori che siano effettivamente condivisi e che non si prestino a dialettiche articolate anche in forma di scontro. Per meglio dire, alcuni principi e valori possono dirsi, in effetti, generalmente condivisi, ma sono quelli fondativi degli ordinamenti giuridici, per cui se sono siffatti valori a essere messi in gioco, allora non si tratta probabilmente di definire un procedimento giurisdizionale, ma piuttosto di fronteggiare un colpo di stato (perlomeno) in senso giuridico. Se, invece, a essere messi in gioco sono i limiti e le forme attraverso cui questi principi fondativi sono protetti, allora si torna all'ambito che qui rileva, poiché è ben possibile – è anzi più che probabile – che un giudice venga chiamato in causa. Ma, allora, a venire meno è la condivisione ampia in seno alla società che agevola l'impiego dell'argomento etico. Un esempio, tra i molti, può agevolare la comprensione di un discorso che è, con ogni probabilità, risultato non poco fumoso.

Nessuno contesta, o almeno nessuno ha più la sfrontatezza di farlo, la assoluta intangibilità del principio (o del valore, a seconda dei punti di vista) che impone la tutela della dignità umana. In che cosa concretamente si traduca questa tutela è, però, lungi dall'essere un dato acquisito, ma può anzi costituire un argomento di dibattito anche molto acceso, a seconda che si

²¹ L'argomento meriterebbe, probabilmente, anche in questa sede uno sviluppo ben più ampio rispetto a una sbrigativa nota a piè di pagina, anche perché gli effetti sulla percezione dei contorni della sfera dell'etica, per tacere della definizione della tragicità della scelta, sono destinati a crescere nel corso dei prossimi anni. Per una prima informazione sulla tendenza alla polarizzazione delle opinioni sulla rete, e segnatamente, sui *social networks*, v. C.R. Sunstein, *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017 (trad. it. *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, 2017); N. Persily, J. Tucker (Eds), *Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform (SSRC Anxieties of Democracy)*, Cambridge, 2020; E. Kubin, C. von Sikorski, *The role of (social) media in political polarization: a systematic review*, in 45(3) *Annals Int'l Commc'ns Ass'n* 188 (2021); S.D. Arora, G.P. Singh, A. Chakraborty, M. Maity, *Polarization and social media: A systematic review and research agenda*, in 183 *Tech. Forecasting & Soc. Change* (2022). In italiano, v. anche G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017; G. Giacomini, *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, 2018; E. Vitale, F. Cattaneo (cur.), *Web e società democratica. Un matrimonio difficile*, Torino, 2018.

adotti una interpretazione oggettiva o soggettiva della dignità²². L'approccio che i diversi ordinamenti hanno nei confronti della prostituzione, e le contrapposizioni che in seno ai singoli ordinamenti si manifestano tra i fautori di una regolamentazione e gli abolizionisti, per tacere delle varie declinazioni e dei vari modelli normativi che sono emersi nel corso dei decenni, dimostrano chiaramente come, dato un principio condiviso (la dignità umana), il significato e le implicazioni dello stesso possono essere le più diverse, tanto da far derivare dalla dignità umana l'incriminazione del cliente del *sex worker* o, all'inverso, la necessità di riconoscere al *sex worker* lo *status* di lavoratore, con tutto quanto ne discende in termini di tutela²³.

Sulla scorta di questi rilievi, è chiaro che l'*id quod plerumque accidit* è dato dall'invocabilità di una «questione etica» in una situazione di divaricazione valoriale in seno alla società. In questa evenienza, chiaramente, l'efficacia dell'utilizzo dell'argomento è tutt'altro che acquisita, sebbene non possa essere esclusa *a priori*. Al riguardo, si deve tener conto del fatto che i motivi della mancata convergenza possono essere i più vari.

L'assenza di un *idem sentire*, in effetti, può essere il frutto di una vera e propria contrapposizione valoriale, ma in altri casi può essere il portato di una sensibilità non sufficientemente diffusa e quindi della natura «di nicchia» della tematica; ancora, può darsi il caso in cui si abbia una scarsa conoscenza e – quindi – una scarsa sensibilità derivante dalla necessità di acquisire determinate competenze tecniche al fine di formarsi convincimenti che possano avere riflessi etici.

Partendo dal presupposto che, per il giudice, il parametro di giudizio non può non essere giuridico, a un eterointegrazione ha senso dar luogo solo nella misura in cui essa possa rafforzare la *ratio decidendi* e l'adesione razionale del pubblico all'argomentazione del giudice. In questa logica, là dove la società sia percorsa da contrapposizioni valoriali, il giudice non potrà utilizzare l'argomento etico in chiave di legittimazione della sua decisione, e quindi sarà portato a non esplicitarlo, per il semplice motivo che l'esplicitazione potrebbe tradursi, all'opposto, in un fattore di delegittimazione.

Con ciò non vuol dirsi, peraltro, che il mancato impiego dell'argomento sia sinonimo di pretermissione delle istanze etiche in seno all'*iter* decisorio; tali istanze potranno, al contrario, anche rivelarsi decisive, ma solo una volta che siano state traslitterate in forme giuridiche: come dire che, se non si potranno invocare direttamente valori «meta-giuridici» (*id est*, etici), difficilmente si potrà però prescindere da una lettura del dato normativo che si fondi su presupposti valoriali; e se questi ultimi non sono universalmente condivisi, al giudice spetterà quanto meno fornire una lettura che possa essere «tecnicamente» convincente. Una lettura che non lo metterà al riparo

²² La poliedricità del concetto è ben descritta da C.M. Mazzoni, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019.

²³ In tempi abbastanza recenti, la pluralità di normative che inquadrano il fenomeno della prostituzione è stata messa in rilievo, anche attraverso un insolitamente ampio *excursus* di diritto comparato, dalla Corte costituzionale, con la sentenza 6 marzo – 7 giugno 2019, n. 141. Sul tema, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, vol. IV, Napoli, 2021, 3097 ss.

da rischi di delegittimazione provenienti da critiche rivolte ai presupposti valoriali, ma che, quantomeno, gli eviterà forme di contestazione potenzialmente ancor più corrosive. Del resto, soprattutto in presenza di questioni eticamente sensibili, il giudice che – come peraltro avviene non di rado – si arroccchi sul terreno del puro diritto, è inevitabilmente ben lungi dall'essere immune da critiche, anzi: il rifugio nel tecnicismo giuridico potrà essere letto, alternativamente, come paravento proprio per evitare di affrontare il merito delle questioni da decidere²⁴ o come un tentativo di dare una veste di stretto diritto a considerazioni che recano – larvate – tracce di scelte etiche non palesate²⁵.

Meno nette sono le conclusioni che possono proporsi allorché il mancato diffuso consenso su principi etici derivi dalla natura relativamente circoscritta dell'interesse. In tale circostanza, infatti, un uso «militante» dei principi etici è più agevolmente immaginabile, proprio perché il pericolo di creare contrapposizioni può lasciare spazio a potenzialità sensibilizzatrici: in proposito, e per evitare di risalire troppo nel tempo, potrebbero evocarsi le decisioni riguardanti la lotta ai cambiamenti climatici²⁶ o altre problematiche di più recente acquisizione, come la tutela degli animali²⁷.

Non troppo dissimile, anzi largamente sovrapponibile, è lo schema che si presenta allorché la questione etica si collochi in un contesto ad elevato coefficiente di tecnicismo, in cui l'impiego dell'argomento etico può valere come espressione di una «avanguardia consapevole» rispetto a problematiche che non toccano la generalità dei consociati, ma che possono prima o poi lambirlo: il caso del clima può essere citato anche a questo proposito, ma è forse l'ambito delle nuove tecnologie quello più foriero di implicazioni, anche sul piano etico, in termini di sfruttamento dell'individuo²⁸ e/o di forme di esclusione sociale²⁹.

²⁴ Su questa specifica dinamica, v. *infra*, par. 2.2.1.

²⁵ In proposito, v. quanto si avrà modo di argomentare più distesamente *infra*, par. 2.3.3.

²⁶ V. *infra*, par. 2.3.2.

²⁷ Per una prima informazione, v. F. Rescigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; C.M. Mazzoni, *La questione dei diritti degli animali*, in S. Castiglione, L. Lombardi Vallauri (cur.), *La questione animale, Trattato di biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, 281 ss.; M.V. Ferroni, *La protezione degli animali nell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno e E. Picozza, Padova, 2015, vol. III, 447 ss.; F. Rescigno, *I diritti animali nella prospettiva contemporanea: l'antispecismo giuridico e la soggettività animale*, in L. Scaffardi, V. Zeno Zencovich (cur.), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma, 2020, vol. 2, 829 ss.; M. Lottini, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *CERIDAP*, 3, 2022, 55 ss.

²⁸ Tra i molti temi che potrebbero evocare, quello della protezione dei dati personali è forse quello di più immediata percezione, nella misura in cui con esso si evidenzia la non ancora piena percezione da parte dell'utente medio di *Internet* della sua rinuncia a un diritto (alla riservatezza) sovente velata dallo schermo della (apparente) gratuità dei servizi offerti. Sul tema, in riferimento, però, al bilanciamento tra diritti individuali ed esigenze collettive, si avrà modo di brevemente ritornare *infra*, nota 93.

²⁹ Particolarmente rilevante, al riguardo, è il diritto di accesso a *Internet*, anche e soprattutto sotto il profilo della libertà negativa di *non* accedervi: su quest'ultima, v. D. Kloza, *It's All about Choice: The Right Not to Use the Internet*, in *Völkerrechtsblog*, 29/11/2021, <https://voelkerrechtsblog.org/its-all-about-choice/>; sulle problematiche di esclusione sociale legate al diritto di accesso a *Internet*, v., volendo, P. Passaglia, *La*

In definitiva, ciò che emerge dall'abbozzo di tassonomia qui proposto è proprio la geometria variabile entro cui si iscrive l'utilizzo dell'argomento etico nel processo argomentativo e decisorio del giudice. Un tale risultato contribuisce a rendere fluida la portata della nozione di «questione etica», presumibilmente rafforzando ancor di più la valenza da riconoscersi, nell'economia del presente lavoro, al concetto di «scelta tragica».

1.4.2 I rapporti tra corti e legislatori e la concretizzazione «procedurale» del carattere tragico della scelta

L'impostazione per così dire «procedurale» che si è prospettata allorché si trattava, *in fine*, della definizione del concetto di «scelta tragica»³⁰ pare intersecarsi in maniera assai promettente con l'alternativa disegnata in merito ai soggetti, giurisdizionali o politici, chiamati a adottare le decisioni in cui le scelte si concretizzano.

Se, come si è accennato, la «scelta tragica» può essere individuata in quella che esprime una determinazione potenzialmente definitiva, appare logico assegnare un rilievo centrale alla collocazione temporale degli interventi, e in particolare alla successione delle decisioni assunte dalle «corti» e dai «legislatori»: da un lato, la ricostruzione della tragicità proposta fa propendere per l'assoluta preminenza di chi parla «per ultimo», e dunque compie la scelta in questione; dall'altro, però, non può trascurarsi la circostanza che intervenire per primi significa, se non proprio condizionare, quanto meno influenzare una scelta (*qualunque* scelta, *ergo* anche quelle tragiche), non fosse altro perché di essa si suggeriscono gli elementi da prendere in considerazione.

Ora, poste queste premesse, l'alternativa tra corte e legislatore in ordine alla collocazione cronologicamente prioritaria o successiva dell'intervento fa venire in rilievo alcuni caratteri fondamentali dei sistemi di giustizia costituzionale, che non possono essere qui analizzati nel dettaglio, ma che debbono comunque essere presi in considerazione, magari anche a costo di una loro eccessiva semplificazione. Il riferimento va, innanzitutto, alla tipologia delle vie d'accesso all'organo di giustizia costituzionale e, in secondo luogo, alla portata della pronuncia giurisdizionale e al rapporto di questa con gli atti normativi espressione degli organi politici.

(a) Dal primo punto di vista, uno spazio pressoché costante, nelle articolate tassonomie inerenti alle vie d'accesso al giudice costituzionale, è quello che si ritaglia per l'alternativa tra controllo concreto e controllo astratto³¹. Ai presenti fini, è chiaro che una tale alternativa non è

problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni, in *MediaLaws*, 3, 2021.

³⁰ V. *supra*, par. 1.2.

³¹ Sul punto, v., per una ricostruzione delle proposte classificatorie, S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 14 ss., i quali ricordano, tra l'altro, l'accentuazione della dicotomia concreto/astratto operata da Alessandro Pizzorusso (cfr., al riguardo, A. Pizzorusso, voce *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir., Annali I*, Milano, 2007, 687, ma v. già Id., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss.).

invariabilmente declinabile come corrispondente all'esistenza di una scelta tragica oppure no, ma è indiscutibile che, *almeno in linea tendenziale*, se il giudice si trova a dover risolvere un caso concreto, è più facilmente condotto a far entrare nelle sue determinazioni ponderazioni inerenti al caso della vita: per tal via, elementi di potenziale tragedia è normale che siano avvertiti come più presenti rispetto al caso in cui il giudice sia chiamato a giudicare su una disciplina in astratto. Alla drammaticità di un caso specifico non può mai paragonarsi quella di una normativa, sovente giudicata nella sua generalità: tale disciplina può essere, in ipotesi, destinata ad avere applicazioni altrettanto tragiche, o anche più tragiche di quelle affrontate nel sindacato concreto; il punto è, però, che in un caso concreto le conseguenze immediate della decisione si applicano a uno o più volti di persone ben identificabili; viceversa, giudicando una legge in astratto, il giudice può senz'altro rappresentarsi le conseguenze future, ma manca l'elemento – obiettivamente difficile da trascurare – che, per un verso, non ci sono, salvi casi eccezionali, persone specifiche identificabili come destinatari e che, per l'altro, la scelta operata non è mai vista come quella direttamente applicativa. In effetti, nell'operare un controllo astratto, il giudice è consapevole che ci potrà sempre essere una fase ulteriore, magari di fronte a un altro giudice, nella quale si avranno un destinatario o dei destinatari identificati: decidere prima che si arrivi a questo stadio fa sì che il tasso di acutezza della «tragedia avvertita» non possa non risulterne grandemente stemperato.

Queste considerazioni disegnano una divaricazione profonda, non solo tra le vie d'accesso alla giurisdizione costituzionale, ma anche, almeno in certa misura, tra i sistemi di giustizia costituzionale, visto che il controllo concreto, quello che, come si è detto, rafforza il carattere «tragico» della scelta, è tendenzialmente l'unico tipo di controllo configurabile allorché si tratti di sistemi diffusi o, secondo una terminologia che chi scrive ritiene più appropriata, di sistemi a garanzia ordinaria della Costituzione³². I sistemi accentrati (*rectius*, a garanzia speciale della Costituzione³³) presentano, invece, caratteristiche più variegata, tali da far sovente convivere il sindacato concreto, attraverso la via incidentale o ricorsi individuali, e il sindacato astratto, operato a seguito di ricorsi in via principale, successivi o, addirittura, preventivi all'entrata in vigore dell'atto normativo, o a seguito di *actiones populares*³⁴.

Sulla scorta di questi rilievi, la portata della contrapposizione tra sindacato astratto e sindacato concreto sulla determinazione del carattere più o meno tragico di una scelta può senz'altro dirsi rilevante. Ciò nondimeno, non può essere enfatizzata oltre una certa soglia, dal momento che un fattore ad essa estraneo può condurre a ridimensionarla, anche in

³² P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in DPCE, Sp., 2019, 583 ss.

³³ La distinzione tra sistemi a garanzia giurisdizionale ordinaria e sistemi a garanzia giurisdizionale speciale risiede, essenzialmente, nel fatto che i sistemi del primo tipo estendono alla protezione della Costituzione gli ordinari strumenti di risoluzione delle antinomie normative, mentre i sistemi del secondo tipo prevedono forme particolari (solitamente consistenti nell'istituzione di un organo giurisdizionale *ad hoc*).

³⁴ Sul tema, v. M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015.

misura non trascurabile. Il riferimento va al peso della giurisprudenza pregressa, che accomuna i due tipi di sindacato, stante l'impatto che i precedenti interni all'organo di giustizia costituzionale non possono non avere. Onde fornire sostanza a questa affermazione, conviene dar conto di due dinamiche.

La prima attiene alla possibilità, tutt'altro che remota, che una precedente statuizione resa a proposito di un caso simile o analogo o a proposito della stessa normativa o di una normativa simile abbia l'effetto di smorzare il carattere tragico della scelta da operare (di nuovo): in altri termini, il poter invocare il valore di un precedente, per quanto solo persuasivo³⁵, può contribuire a dare alla decisione da assumere un carattere tendenzialmente obbligato³⁶.

La seconda dinamica è, in qualche modo, speculare alla prima: come la corte che si confronta con un precedente può essere «sollevata» dal suo condizionamento, la corte che è chiamata a decidere su un caso che potrebbe dirsi «*of first impression*» sentirà presumibilmente il condizionamento che la sua statuizione potrà esercitare, e che si espanderà ben oltre il caso specifico

³⁵ L'efficacia (non persuasiva, ma) vincolante *pro futuro* è una caratteristica che, nel caso degli organi *ad hoc* di giustizia costituzionale, si può apprezzare, tutt'al più, in ragione dell'invocabilità di un giudicato, e non di un semplice precedente. Peraltro, il giudicato, proprio per il vincolo che ne discende, finisce per minare alla radice la possibilità di scelta del giudice, quindi anche il carattere tragico della decisione da assumere. È appena il caso di rilevare che, ad ogni buon conto, un vincolo di questo tipo è assai raro, se si eccettuano le ipotesi di annullamento o di dichiarazione di nullità di atti normativi. Quando il giudicato lasci sussistere la norma impugnata all'interno dell'ordinamento giuridico, perché ritenuta non incostituzionale, saranno presumibilmente offerti strumenti per superare una tale dichiarazione: emblematico è quanto previsto, ad esempio, nel caso della *question prioritaire de constitutionnalité* in Francia, per la quale si esclude, in linea di massima, la possibilità di sottoporre al vaglio del *Conseil constitutionnel* una norma già scrutinata e impregiata da un c.d. «*brevet de constitutionnalité*», ma si contempla una significativa eccezione per il caso di «*changement de circonstances*» (ai termini dell'art. 23-2, comma 2, dell'*ordonnance* n. 58-1067, del 7 novembre 1958, recante la disciplina del *Conseil*, come modificata con la legge organica n. 2009-1523, del 10 dicembre 2009, perché una questione di costituzionalità possa essere sollevata in via incidentale, deve riguardare una disposizione che non sia stata già «*déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances*»). Con riferimento ai sistemi di garanzia ordinaria della Costituzione, anche in quelli riconducibili alla tradizione di *common law*, la diffusione del *binding precedent* in riferimento alla giurisprudenza delle stesse corti supreme appare come minimo recessivo nel panorama comparatistico; ciò vale, in particolare, dopo la decisione con cui la *House of Lords*, che pure aveva introdotto il vincolo del precedente orizzontale sul finire dell'Ottocento (cfr., in part. la sentenza *London Tramways Co. v London County Council* [1898] AC 375), lo ha reso derogabile, autorizzando sé stessa «*to depart from a previous decision when it appears right to do so*» (*Practice Statement* [1966] 3 All ER 77).

³⁶ Questo tipo di argomentazione può quindi essere di complemento a una delle dinamiche che presiedono all'assunzione delle decisioni che traducano scelte potenzialmente tragiche: sul tema, v. *infra*, in part., par. 2.3.3. In generale, sull'impatto che il precedente esercita sugli organi di giustizia costituzionale, v. M. Florczak-Wątor (Ed.), *Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning*, London, 2022.

o la norma oggetto del giudizio, per il tramite, appunto, della forza del precedente.

Sebbene le due dinamiche non distinguano tra i tipi di sindacato, è ragionevole ritenere che la prima riguardi soprattutto il controllo concreto, mentre la seconda si applica in maniera indifferente al sindacato concreto e a quello astratto, con il che il fattore di limitazione della tragicità della scelta derivante, nel caso del sindacato astratto, dal presumibile intervento successivo di altri giudici viene in misura consistente ridimensionato dall'effetto di precedente di cui si è parlato, e che in alcune ipotesi può addirittura sconfinare nell'applicazione della figura della *res judicata*, come quando si escluda, in linea tendenziale, che la costituzionalità di una norma possa essere vagliata successivamente a un primo giudizio conclusosi positivamente da parte dell'organo di giustizia costituzionale³⁷.

(b) È chiaro che l'impatto di una pronuncia giurisdizionale recante una «scelta tragica» non possa essere confinato alla dimensione del precedente interno: trattandosi dei rapporti tra «corti» e «legislatori», non può certo essere trascurata – semplicemente perché è essenziale – la dimensione della *compliance* dei secondi nei confronti delle prime.

Ora, quest'ultimo tema, alla stessa stregua di altri evocati finora, richiederebbe un'analisi ad ampio spettro, ultronea rispetto a quella che è qui possibile svolgere. Anche in chiave sineddotica, però, si può operare qualche accenno alla problematica principale emergente in relazione alla lettura per così dire «procedurale» della scelta tragica, e cioè al soggetto che abbia la possibilità di «dire l'ultima parola». Se, infatti, come si è visto, parlare «per primi» può condizionare anche pesantemente chi interviene dopo, è però altresì vero che la possibilità di decidere «per ultimi» rimane il fulcro del *decision-making process*, con inevitabili ricadute anche in punto di tragicità della scelta, nella duplice direzione di «alleggerire» il decisore che sa di poter essere scavalcato e di «appesantire» la posizione del decisore che interviene in via definitiva, per confermare o modificare la scelta già tragica compiuta da altri.

Sul piano dell'analisi dei sistemi giustizia costituzionale, l'«ultima parola» è solitamente collocata nel quadro nei limiti entro i quali gli organi politici possono superare la posizione espressa dal giudice, mediante una legge ordinaria o una legge costituzionale: nel primo caso, le problematiche si collegano alla concretizzazione da dare alla portata del giudicato costituzionale; nel secondo, invece, vengono soprattutto in rilievo le restrizioni che eventualmente connotano il legislatore costituzionale e, correlativamente, la possibilità per l'organo giurisdizionale di controllarne il rispetto, ciò che, in caso affermativo, sposta sul versante giurisdizionale un potere, come appunto quello di dire l'«ultima parola», che solitamente pertiene agli organi direttamente rappresentativi della sovranità popolare³⁸.

La tematica, quanto mai affascinante, è di una complessità estrema, anche in ragione della molteplicità di aspetti che va a toccare. Ai presenti fini, tuttavia, una sua banalizzazione è probabilmente possibile e forse anche

³⁷ Sul punto, comunque, vale quanto si è messo in evidenza *supra*, nota 35, a denotare, in generale, il carattere non insuperabile della preclusione.

³⁸ Su queste tematiche, v., anche per ulteriori riferimenti, S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011.

tollerabile, visto che a rilevare è, per l'essenziale, il *quantum* di carattere tragico che caratterizza una scelta.

In questa prospettiva, il dato intuitivo è che il peso della tragicità delle scelte del giudice sia maggiore in un sistema che riconosce al giudice costituzionale il potere di controllare l'operato finanche del legislatore costituzionale, spingendo il sindacato sino alla *supra-constitutionnalité*, per dirla alla francese. Di contro, nei sistemi in cui questo potere non è riconosciuto, le scelte dei giudici hanno un tasso minore di tragicità, che si trasferisce, quindi, agli organi politici. Due elementi possono contribuire a spiegare il dato intuitivo appena proposto.

Un primo elemento, invero abbastanza ovvio, è che, nei sistemi in cui al giudice costituzionale si affida il presidio della sovracostituzionalità, si consente il sindacato su talune decisioni politiche che è precluso altrove: solo in questi ordinamenti, infatti, i giudici potranno spingersi a sindacare le leggi costituzionali facendo appello a principi e valori supremi, di talché, qualora i contenuti degli atti rechino scelte potenzialmente tragiche compiute dagli organi politici, lo stesso giudice dovrà farsi carico di avallarle in via definitiva ovvero censurarle, a meno che non eviti di prendere posizione. In ognuno di questi casi, peraltro, il giudice non potrà non essere investito della tragicità della scelta di decidere su ... una scelta tragica operata ai massimi livelli ordinamentali. Inutile precisare che questa dinamica è del tutto assente per i giudici costituzionali che non abbiano analoghi poteri, i quali quindi non potranno che prendere atto delle scelte (anche tragiche) compiute dal legislatore costituzionale.

Un secondo elemento è meno evidente, ma forse ancor più significativo. Il riconoscimento dell'«ultima parola» in capo al giudice costituzionale o al legislatore può produrre, infatti, un effetto analogo a quello in precedenza evocato nell'alternativa tra sindacato astratto e sindacato concreto: il soggetto che *non* detenga il potere di decisione ultima potrà avvertire in misura minore la tragicità della scelta, sul presupposto che altri potranno su di essa tornare.

Questo condizionamento, peraltro, è suscettibile di spiegare effetti anche *prima* che si giunga alla decisione potenzialmente definitiva, quando una diversità di posizioni sia già emersa, nel senso che chi deve decidere sapendo che altri potranno modificare i termini della scelta sarà maggiormente portato a evitare una dialettica contrappositiva in cui sa che sarebbe destinato, prima o poi, a dover cedere. Questa tematica è molto presente nella dottrina e nella prassi istituzionale statunitense, dove, non a caso, è stata elaborata la nota teoria della *counter-majoritarian difficulty*³⁹: proprio la non ben definita attribuzione del potere di interpretare la Costituzione federale, da sempre conteso tra Corte suprema e Congresso, ha spinto a più riprese verso forme di contrapposizione, anche su questioni eticamente sensibili, nelle quali l'ultima parola è stata dalla Corte suprema lasciata al potere legislativo, quando si è avvertita l'insostenibilità *lato sensu*

³⁹ Cfr., ovviamente, A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis-New York, 1962, 16 ss. Sul tema, v., più di recente, anche per ulteriori riferimenti, O. Bassok, Y. Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?*, in 11 *Int'l J. Const. L.* 13 (2013); O. Bassok, *The Two Counter-majoritarian Difficulties*, in 31(2) *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 333 (2012).

politica della contrapposizione stessa. Emblematico, al riguardo, è quanto accaduto nel corso degli Anni Settanta in materia di pena di morte, quando la Corte suprema, dopo una declaratoria di incostituzionalità delle leggi che la prevedevano⁴⁰, ha dovuto cedere alla pressione politica coagulatasi contro l'abolizione, tanto da giungere, nell'arco di quattro anni, a una sentenza che legittimava la pena di morte come sanzione non toccata dal divieto di inflizione di «*cruel and unusual punishments*» di cui all'Ottavo Emendamento⁴¹.

Il richiamo operato all'esperienza statunitense, che appariva necessario alla luce della diffusione della tesi sulla difficoltà antimaggioritaria, non può peraltro in alcun modo assumere connotati paradigmatici, sia perché esistono, all'interno di quell'ordinamento, esempi di segno inverso (si pensi alla situazione attuale dell'interruzione volontaria di gravidanza o del diritto di portare armi, in cui una Corte suprema «blindata» si sta contrapponendo con successo a un Congresso non sufficientemente compatto da poter imporre una posizione diversa⁴²) sia perché, negli Stati Uniti, il nodo di chi sia il massimo interprete della Costituzione è, nei fatti, molto meno risolto che altrove, malgrado l'inserimento del sistema tra quelli connotati da una «*strong-form judicial review*»⁴³. Per quanto dunque solo evocativo, l'esempio della disciplina della pena di morte negli Usa pare che possa illustrare una dinamica rintracciabile anche altrove, allorché una scelta tragica sia profondamente divisiva e dunque si prospetti una dialettica che veda confrontarsi soggetti dotati di forza diseguale.

1.5 Il ruolo della comparazione giuridica

Il contesto nel quale il presente contributo si inserisce rende apparentemente scontato che la comparazione abbia un ruolo rilevante nell'economia del lavoro. A ben vedere, però, la constatazione è lungi dall'essere ovvia o, quanto meno, cela qualche insidia, su cui, a questo punto, è il caso di soffermarsi, sia pur brevemente.

Innanzitutto, i tre ambiti disegnati dal titolo si prestano senza troppi ostacoli a una trattazione di diritto interno o di diritto straniero, in cui la comparazione può anche essere assente o, tutt'al più, giocare il ruolo di un orpello argomentativo. Il diritto comparato non è dunque invariabilmente richiesto; vero è però che la comparazione, qualora intrapresa, possa disegnare un percorso di ricerca oggettivamente diverso (e più ampio) rispetto a quello offerto dal solo diritto nazionale.

Un motivo di difficoltà più delicato da affrontare attiene all'oggetto

⁴⁰ U.S. Supreme Court, sentenza *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, resa il 29 giugno 1972.

⁴¹ U.S. Supreme Court, sentenza *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, resa il 2 luglio 1976. Su queste vicende, sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021, spec. 212 ss.

⁴² Cfr. anche *infra*, par. 2.3.1.

⁴³ Il riferimento è, chiaramente, alla contrapposizione tra «*strong-form*» e «*weak-form judicial review*» proposta da M.V. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, in 101 *Mich. L. Rev.* 2781 (2003); Id., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, 2008.

specifico che della comparazione sia proprio. Andando per approssimazioni grossolane, la comparazione potrebbe essere infatti riferita a uno o più dei tre concetti che nel titolo sono enunciati oppure potrebbe indirizzarsi alle soluzioni concretamente apportate. Scegliendo la prima impostazione, si tratterebbe di operare confronti tra ciò che si intende, nei vari sistemi posti a raffronto, per «questioni etiche», per «scelte tragiche» e/o per «rapporti tra giurisdizioni e decisori politici»; dall'esito di questi confronti si potrebbe ricavare una modellistica nella quale provare poi a collocare le varie soluzioni concretamente emergenti a livello nazionale. Sarebbe, con ogni probabilità, questo il *modus procedendi* metodologicamente più corretto, se non fosse, però, che, come si è visto, i tre concetti evocati presentano un coefficiente estremamente elevato di indeterminatezza, di talché si imporrebbe, a livello operativo, l'obbligo di fare scelte definitorie che non potrebbero prescindere da una certa discrezionalità (se non proprio da una qualche componente di arbitrio): la comparazione perderebbe, allora, qualunque base solida su cui essere impostata, dal momento che la scelta della definizione da dare ai singoli concetti avrebbe riflessi inevitabili sugli stessi confronti da operare.

La seconda impostazione che si è prospettata finisce dunque per essere quella necessitata, giacché le difficoltà incontrate nell'individuare con precisione gli ambiti disegnati dalle tre nozioni che compongono l'oggetto del contributo si ripercuotono anche sull'impossibilità di concretizzare una comparazione tra le definizioni presenti nei diversi sistemi. Le stesse ricostruzioni proposte nei paragrafi precedenti dei rapporti fra le tre nozioni, del resto, se da un lato apportano una qualche (possibile) forma di razionalizzazione, dall'altro nulla tolgono alla loro complessità e alla loro insopprimibile vaghezza.

Non si tratta, tuttavia, soltanto di un limite: proprio la complessità e la vaghezza delle nozioni hanno il pregio di aprire un ventaglio piuttosto ricco di possibili concretizzazioni di quanto la teoria possa suggerire.

Il ruolo della comparazione non si riduce però a quello di consentire una estensione del numero di esempi proponibili mediante un'analisi concernente una pluralità di ordinamenti. La funzione che alla comparazione deve riconoscersi è, semmai, quella di contribuire a identificare i criteri che possano guidare nella proposizione delle classificazioni, da un lato fornendo informazioni sul contesto in cui le fattispecie si inseriscono e, dall'altro, suggerendo gli esempi che, per diffusione, per possibile circolazione e/o per peculiarità, possano essere più rivelatori di altri. La comparazione si configura, in buona sostanza, come uno strumento essenziale per strutturare la ricerca, assumendo la forma della tela di fondo su cui svilupparla: un utilizzo destinato a restare per buona parte inespresso, ma non per questo marginale, risultando viceversa indispensabile, dapprima per tratteggiare le domande di ricerca⁴⁴ e, poi, per cercare di rispondervi formulando appunti conclusivi sul lavoro svolto⁴⁵.

2. Le domande di ricerca (e i percorsi per provare a rispondervi)

Sulla scorta di quanto si è venuti dicendo nell'ottica di proporre una

⁴⁴ V. *infra*, parr. 2. ss.

⁴⁵ V. *infra*, parr. 3. ss.

definizione delle nozioni evocate nel titolo, ferma restando la delimitazione assai significativa che il riferimento a corti e legislatori impone, è probabilmente attraverso la concretizzazione del concetto di «scelta tragica» che può svilupparsi un'analisi che sia idonea a fornire, se non altro, qualche spunto di riflessione.

Ora, attese, per un verso, la definizione di «scelta tragica» e la connessa distinzione rispetto alla scelta che possa dirsi “semplicemente” «difficile»⁴⁶ e, per l'altro, l'impossibilità di tracciare un confine preciso per la nozione di «questione etica», sono probabilmente due le domande che possono rendere di un qualche interesse la presente trattazione. La prima si sostanzia nel cercare di verificare se e, eventualmente, in che misura la struttura del sistema di giustizia costituzionale possa incidere sulle forme attraverso cui le scelte tragiche in contesti «eticamente sensibili» si operano e, magari, possa anche influire sugli stessi contenuti delle scelte medesime. La seconda concerne la posizione che, attraverso le scelte tragiche (in contesti eticamente sensibili) e l'atteggiamento di fronte a esse, si disegna per l'organo di giustizia costituzionale all'interno dell'ordinamento.

Al fine di condurre la ricerca che ci si propone, conviene distinguere tre aspetti da analizzare partitamente, sebbene siano, sotto più profili, tra loro intimamente connessi.

Il primo è quello dei presupposti della pronuncia, cioè delle condizioni che rendono possibile la decisione da parte dell'organo di giustizia costituzionale su una questione etica che implichi una scelta potenzialmente tragica.

Il secondo profilo attiene all'impianto decisorio sul quale la scelta tragica vada a inserirsi, potendo aversi impostazioni influenzate anche significativamente dal contesto in cui le corti decidono e potendo questo contesto incidere sulla decisione, e quindi, in definitiva, sui contenuti della scelta (potenzialmente) tragica.

Infine, una volta individuate le condizioni per la pronuncia e il contesto in cui essa si va a collocare, vengono in rilievo le tecniche argomentative e decisorie che le corti utilizzano.

Giova peraltro sin da ora rimarcare che la giurisprudenza di qualunque organo di giustizia costituzionale è ricca di questioni di respiro assai variegato. Finanche per le giurisdizioni che operano una esplicita selezione dei casi⁴⁷, è tutt'altro che raro imbattersi nella risoluzione di controversie animate da questioni che solo molto latamente possono dirsi «difficili», giacché sovente le questioni di costituzionalità sono ben lungi dal presentare oggetti che giustifichino l'evocazione di casi di coscienza, prive come sono di un «tono costituzionale» consono all'autorevolezza della sede in cui vengono trattate. Ciò detto, è altrettanto vero che nelle stesse giurisprudenze non possono non trovarsi, sebbene con frequenza non uniforme, questioni che, effettivamente, pongono il decidente di fronte alla necessità di operare scelte «tragiche» in contesti sensibili da un punto di vista etico.

A fronte di tale constatazione, lo studioso del diritto nazionale si troverebbe nella assai scomoda situazione di dover recensire una mole di pronunce in ipotesi anche molto ponderosa, nel tentativo di operare una

⁴⁶ Su questa differenziazione, v. già G. Calabresi, P. Bobbitt, *Tragic Choices*, cit., 7 s.

⁴⁷ V., per alcuni riferimenti, *infra*, par. 2.1.1.

cernita di scelte tragiche che sarebbe comunque vana, sia per la difficoltà obiettiva di padroneggiare l'intero *case law* sia – e fors'anche soprattutto – per l'intrinseca soggettività che affliggerebbe qualunque esito della ricerca e della conseguente selezione, anche della più accurata. Se questo è vero per lo studioso del diritto nazionale, per il comparatista, ovviamente, lo è *a fortiori*, visto l'accrescersi, volendo esponenziale, della mole di pronunce e, in special modo, per l'ulteriore componente di soggettività discendente dalla individuazione delle esperienze da prendere in considerazione.

Alla luce di questi rilievi – e per iniziare a dare una qualche concretezza alle indicazioni cui si è giunti al paragrafo precedente – si esclude sin da subito di poter impiegare il metodo comparatistico per svolgere una disamina che voglia proporsi come dotata dei caratteri di piena scientificità. A una comparazione a tutto tondo si sostituirà la mera *osservazione* di una pluralità di esperienze, al fine di coglierne casi e questioni emblematici (o auspicabilmente tali) e di enucleare, così, una serie – evocativa, non certo compiuta – di esempi che possano dare un'idea dell'amplissimo novero di atteggiamenti che si registrano presso le corti quando queste debbano confrontarsi con scelte potenzialmente tragiche su questioni etiche. La comparazione vera e propria giungerà, allora, alla fine di questo percorso, quando dalla casistica rintracciata e dalla tassonomia da essa ricavata si tenteranno di cogliere spunti per rispondere alle domande di ricerca formulate nella prima parte di questo paragrafo.

2.1 I presupposti per la decisione

Perché di scelta tragica possa parlarsi è necessario – molto banalmente – che si diano le condizioni affinché alla decisione – *ergo* alla *scelta* – si possa addivenire. E la condizione prima e fondamentale è che l'organo deputato a rendere la pronuncia sia disposto a farlo.

Il rifiuto può essere assoluto, può cioè precludere qualunque valutazione di merito e manifestarsi allo stadio preliminare del procedimento giurisdizionale, oppure può esprimersi in forme meno rigorose, quali quelle di un rifiuto «motivato», discendente cioè dalla *deference* mostrata nei confronti delle decisioni degli organi politici. Un ulteriore tipo di rifiuto è, in realtà, molto relativo (tanto da potersi finanche dubitare della correttezza dell'utilizzo del sostantivo), esprimendosi soltanto in termini temporali, quindi alla stregua di un rifiuto valido solo per un determinato lasso di tempo.

2.1.1 Il rifiuto di decidere

Se è vero che la denegata giustizia è una fattispecie censurata praticamente in qualunque ordinamento, è però altresì vero che non mancano eccezioni e temperamenti a questa regola, talvolta formalizzati talaltra (e ben più frequentemente) invalsi nella prassi⁴⁸.

⁴⁸ Per un inquadramento storico, v. G. Mecca, *Denegata giustizia e forme di responsabilità del giudice. Paradigmi d'ingiustiziabilità in età moderna*, in *Historia et ius*, 14, 2018; spunti comparatistici sono proposti da E. Stor Skrub, J. Ziller, *Access to Justice in European*

Tra i primi l'esempio più scontato è quello dell'esistenza di un vaglio preliminare di ammissibilità che precede la trattazione del caso. Le forme che questo vaglio assume e il relativo fondamento mutano a seconda dei sistemi, tuttavia, con precipuo riguardo alla giustizia costituzionale, possono darsi essenzialmente due ipotesi: nei sistemi in cui la garanzia giurisdizionale della costituzione è affidata a organi giudiziari ordinari, il vaglio di ammissibilità si collega all'assenza – riscontrabile nel mondo di *common law* – di un compiuto diritto all'impugnazione⁴⁹; nei sistemi in cui è presente una garanzia giurisdizionale speciale della costituzione, l'esistenza di filtri di ammissibilità è stata introdotta, in certi casi, per ovviare a un sovraccarico di lavoro per l'organo di giustizia costituzionale, solitamente discendente dall'esistenza di un ricorso diretto individuale all'interno di un ordinamento con una popolazione significativamente elevata⁵⁰.

La vera differenza tra le due categorie di sistemi, peraltro, non risiede tanto nel fondamento del vaglio di ammissibilità (la valenza deflattiva ben può, infatti, essere comune), quanto semmai nelle motivazioni idonee a condurre alla preclusione dell'esame nel merito. Là dove manca il diritto all'impugnazione, il mancato passaggio alla fase di merito può prescindere da motivazioni esplicite, e soprattutto può essere il risultato di valutazioni di qualunque tipo, ivi inclusa, al limite, l'avvertita *inopportunità* di decidere là dove la scelta venga percepita come «troppo tragica». Nei sistemi in cui il vaglio di ammissibilità è stato giustificato da esigenze di funzionalità dell'organo giurisdizionale, invece, una tale impostazione non è sostenibile, perché la ricerca della funzionalità si traduce nella possibilità per il giudice di concentrarsi sulle questioni più importanti, di talché la tragicità della scelta, lungi dal poter giustificare una preclusione del merito, dovrebbe rappresentare un solido argomento a favore della trattazione compiuta del caso⁵¹. Come dire che, in questi sistemi, non è dato operare una selezione che escluda scelte tragiche o, più precisamente, non può farsi impiego degli

Comparative Law, in F. Francioni (Ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, online edition, 22/03/2012, <https://academic.oup.com/book/8070/chapter-abstract/153489591?redirectedFrom=fulltext>; per un'analisi empirica, v., invece, A. Melcarne, G.B. Ramello, R. Spruk, *Is justice delayed justice denied? An empirical approach*, in 65 *Int'l Rev. L. & Econ.* (2021).

⁴⁹ Se il sistema del *leave to appeal* è l'espressione storicamente più radicata di questa limitazione del diritto individuale, il paradigma contemporaneo è costituito senz'altro dal *writ of certiorari* che la Corte suprema statunitense è chiamata ad accordare affinché un caso possa essere oggetto di una sua decisione: v. V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999; F. Tirio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Milano, 2000.

⁵⁰ Una comparazione tra la selezione dei casi di fronte alla Corte suprema statunitense e quella operata dal *Tribunal Constitucional* spagnolo è proposta da P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, 29 ss.

⁵¹ I casi della *Verfassungsbeschwerde* in Germania e del *recurso de amparo* in Spagna sono, da questo punto di vista, emblematici, nella misura in cui tra i requisiti previsti per l'ammissibilità dei ricorsi figura quello della rilevanza costituzionale generale («grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung»: par. 93(a), n. 2, del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*; «especial transcendencia constitucional»: art 49 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, come modificato nel 2007).

strumenti formalizzati di selezione per evitare di compiere scelte tragiche. Lo scopo può comunque essere raggiunto, sia pure in forma obliqua, alla stessa stregua di quanto avviene nei sistemi caratterizzati dalla radicale assenza di meccanismi di selezione formalizzati: può infatti darsi luogo a una selezione *de facto*, che prescinde da ragioni di funzionalità e che si ancora ad altri criteri. Criteri non esplicitabili, ma che possono essere dedotti da letture tra le righe, come nelle fattispecie in cui un organo di giustizia costituzionale si trincerava dietro aspetti processuali per evitare di dover assumere una posizione su questioni troppo difficili e/o troppo divisive, le quali, proprio per questo, sono percepite come a forte potenzialità delegittimante⁵².

2.1.2 Il rifiuto «motivato» (la *deferenza* nei confronti degli organi politici)

L'esistenza, registrata nel paragrafo precedente, di casi nei quali gli organi di giustizia costituzionale possono decidere di evitare – con un rifiuto, per così dire, liminare – qualunque trattazione della causa che presenti possibili scelte tragiche non osta a che, qualora una questione superi questo primissimo vaglio, si possa far luogo, nel corso della fase successiva, a una pronuncia che constati l'impossibilità per l'organo giurisdizionale di assumere determinazioni nel merito. In questa evenienza, ovviamente, il rifiuto non si potrà esprimere in forma puramente discrezionale o, al più, attraverso una motivazione minimale, ma dovrà essere il frutto di un'argomentazione strutturata, volta a dimostrare l'*impossibilità* di affrontare nel merito la questione (a connotazione etica) implicante una scelta (potenzialmente) tragica.

In sostanza, potendo/dovendo constatare che non è percorribile la strada dell'invocazione di una impossibilità di decidere che escluda in radice la denegata giustizia, il giudice costituzionale può comunque trovarsi nella condizione di non addivenire a una pronuncia di merito e ciò, non già facendo riferimento a qualche argomento *a latere* (o magari a qualche pretesto) che lo sollevi dall'onere decisorio, bensì esplicitando la ragione impeditiva, da individuarsi nell'impossibilità per esso di sostituirsi al legislatore intervenendo in un ambito e con scelte la cui elevata valenza etica e/o sociale non può prescindere da una presa di posizione da parte degli organi rappresentativi del popolo e politicamente responsabili di fronte ad esso.

Questo tipo di decisioni, configurabili ancora come di natura processuale, figurano nella categoria di quelle che pongono immediatamente in rilievo la discrezionalità del legislatore e il rispetto che le corti ad essa prestano.

Dall'evocazione di queste problematiche pare di poter cogliere che le interazioni possibili tra giurisdizioni e decisori politici intorno a questioni etiche recanti scelte potenzialmente tragiche non si distinguono in maniera significativa da quelle che vengono disegnate in generale, oscillando tra i due

⁵² La ricca casistica che, in proposito, offre la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, in particolare con le pronunce di inammissibilità (sovente manifesta), sono oggetto di un filone di studi estremamente prolifico nella dottrina costituzionalistica. Per un approccio che coniuga l'analisi di diritto interno con quella di diritto comparato, v. P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., spec. 187 ss.

ben noti estremi del *self-restraint* e del *judicial activism*, cui si associano tutte le posizioni intermedie, articolate ora in relazione al grado di approfondimento del sindacato ora in collegamento a tecniche decisorie tese a far penetrare le ragioni della costituzione in una dinamica temporale aperta all'intervento emendativo della politica.

La tematica sarebbe quanto mai ricca e articolata, come dimostra l'ampia letteratura che si è su di essa sviluppata anche in chiave comparatistica. Proprio l'ampiezza degli argomenti da affrontare e la difficoltà di farlo in una forma sintetica che non sia eccessivamente semplicistica consigliano di evitare di intraprendere un'analisi che, in questa sede, finirebbe per essere di certo troppo superficiale: concetti come *self-restraint*, *judicial activism*, discrezionalità del legislatore, etc., richiedono infatti un esame disteso, che possa mettere a fuoco le diverse problematiche. Allo scopo, non casualmente, altri contributi in seno al presente convegno sono stati previsti⁵³. A questi non può quindi non farsi qui rinvio, precisando che quanto si dirà nel prosieguo⁵⁴ potrà valere anche a fornire un seppur minimo contributo all'inquadramento delle scelte tragiche su questioni etiche nelle quali si evocano i limiti dell'intervento degli organi giudiziari nella sfera «politica».

2.1.3 Il rifiuto temporalmente condizionato

Posta di fronte a una scelta potenzialmente tragica relativa a una questione etica, una corte può opporre un rifiuto di decidere che può non essere assoluto. Il confine tra il rispetto integrale della discrezionalità del legislatore e il *déni de justice* può, in effetti, rivelarsi assai poroso, il che rende sempre piuttosto delicata la scelta di lasciare pregiudizialmente al legislatore il compito di esprimersi. Per questo motivo, da un lato, e, dall'altro, per la più generale ritrosia delle giurisdizioni a intervenire su ambiti e tematiche, come quelle qui in discorso, che implicano forti rischi di delegittimazione, si è assistito all'elaborazione di una vasta gamma di strumenti e tecniche, per lo più di matrice giurisprudenziale, ma non di rado formalizzati in sede di diritto legislativo (o anche costituzionale), volti a consentire al giudice di «prendere tempo», cioè di non rinunciare a rendere la decisione, ma di farlo soltanto dopo aver offerto agli organi politici l'occasione (o le occasioni) di intervenire preventivamente.

Il ventaglio delle soluzioni che emerge dall'analisi comparatistica è, come si accennava, quanto mai elevato, e dipende, ovviamente, dal sistema di giustizia costituzionale nel suo complesso, oltre che da previsioni specifiche e da interventi pretori.

Partendo dallo strumento meno invasivo a disposizione delle corti, il rifiuto di entrare nel merito può essere associato a un invito al legislatore a provvedere, invito che, a sua volta, può essere più o meno pressante, fino a giungere a un vero e proprio monito, diretto ad avvertire che, a una prossima

⁵³ Tra questi, in particolare, si segnala quello di Caterina Drigo, dedicato ai confini che separano la giurisdizione costituzionale e le decisioni politiche. Sul tema, v., peraltro, già C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2017 (ivi anche riferimenti all'amplessissima letteratura in materia).

⁵⁴ Cfr. *passim*, ma soprattutto parr. seguente e 2.3. ss.

occasione, il giudice, a fronte di una inerzia persistente da parte del legislatore, potrebbe/dovrebbe optare per una pronuncia incidente sul diritto positivo. Questo tipo di interventi possono trovarsi nella giurisprudenza di qualunque organo di giustizia costituzionale, non richiedendo essi altro se non una capacità argomentativa (e auspicabilmente persuasiva) da parte della giurisdizione nei confronti degli organi politici.

All'estremo opposto, quanto a vincolatività della decisione, si pongono quelle fattispecie nelle quali il rifiuto temporaneo di entrare nel merito è in realtà più propriamente definibile come un rifiuto temporaneo di dare efficacia vincolante alla decisione di merito adottata. È ciò che si produce allorché, nella regolamentazione dei sistemi di giustizia costituzionale oppure in via giurisprudenziale, si sia affermato il potere per la giurisdizione di modulare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce (evidentemente di incostituzionalità). Questo vasto campo è oggetto, oltre che di un dibattito molto vivace da ormai vari lustri⁵⁵, di un contributo specifico nel quadro di questo convegno, cui – di nuovo – è d'uopo rinviarsi⁵⁶; a interessare per la presente ricerca, del resto, è il potere di dilazionare l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità che colpisca un intervento legislativo recante una scelta tragica (o, il che per il momento non cambia significativamente, il tessuto normativo quale risulta dall'assenza di un intervento legislativo *ad hoc* per la scelta tragica da compiere): la dilazione si traduce, infatti, in un termine che il giudice costituzionale lascia agli organi politici perché intervengano, sul presupposto che, qualora non si proceda tempestivamente, la pronuncia acquisirà tutta la sua portata prescrittiva, superando in maniera automatica la ritrosia comunque mostrata nei confronti di una innovazione diretta dell'ordinamento giuridico. Sarà proprio la manifestazione di questa ritrosia che consentirà di spuntare – o almeno di smussare – le critiche dirette nei confronti di un ipotetico *judicial activism*, evidentemente agevolate dalla delicatezza della tematica affrontata.

La frequenza con cui – solo per fare un paio di esempi – le pronunce di mera incompatibilità sono rese dal *Bundesverfassungsgericht* o il differimento temporale dell'incostituzionalità viene adottato nelle declaratorie di non conformità a Costituzione nei procedimenti instaurati da *questions prioritaires de constitutionnalité* presso il *Conseil constitutionnel* francese sono indicazioni inequivocabili dell'impatto che questo strumento dilatorio può avere nella definizione stessa dei caratteri di fondo di un sistema di giustizia costituzionale connotato dall'opzione per una garanzia speciale della

⁵⁵ Per limitarsi ai contributi di impronta comparatistica più recenti tra quelli di maggiore spessore, v., nella dottrina italiana, D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità, Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014; R. Tarchi, "Così fan tutte": la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata, Milano, 2021; N. Fiano, *Il fattore «tempo» nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022. In lingua inglese, v. P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule, B. Vanlerberghe (Eds), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge (UK), 2014, nonché, in una prospettiva più ampia rispetto a quella della giustizia costituzionale, E. Steiner, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Cham, 2015.

⁵⁶ Il riferimento va alla relazione di Fabrizio Politi, concernente gli effetti delle decisioni dei giudici costituzionali (v. già, però, F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997).

Costituzione. È dunque del tutto logico che, dovendosi pronunciare su scelte potenzialmente tragiche relative a questioni etiche, il giudice costituzionale che sia legittimato a impiegarli non esiti a ricorrere quanto più possibile a strumenti di questo tipo.

Un elemento da non trascurare, proprio al fine di cogliere l'estensione delle tecniche di mitigazione degli effetti immediati delle pronunce dei giudici costituzionali, è che meccanismi del tipo appena descritto non sono appannaggio soltanto di giurisdizioni che esprimono una garanzia speciale della costituzione. Tecniche dilatorie si riscontrano anche in alcuni sistemi a garanzia ordinaria della Costituzione, come dimostra la storia, invero piuttosto tormentata, del *prospective overruling* nell'ordinamento statunitense⁵⁷, strumento utilizzato soprattutto negli Anni Sessanta, al fine di modulare, per un verso, l'esigenza di certezza del diritto e, per l'altro, il *judicial activism* che ha caratterizzato una Corte suprema federale allora molto impegnata a promuovere l'inserimento di garanzie per nuove esigenze costituzionalmente rilevanti⁵⁸. Non è probabilmente un caso che la fine della stagione dell'attivismo abbia prodotto, alla lunga, l'abbandono anche di questa tecnica decisoria⁵⁹.

Anche là dove la possibilità di differire nel tempo gli effetti della pronuncia non è prevista, come nel caso italiano, si sono elaborati, peraltro, meccanismi che possono collocarsi a metà strada tra l'incostituzionalità differita e il semplice invito/monito. Emblematica, in proposito, è la soluzione che è stata proposta dalla Corte costituzionale proprio su una tematica che difficilmente potrebbe essere esclusa dal novero delle scelte tragiche in ambiti eticamente sensibili, quale è il suicidio assistito. Stante l'estrema delicatezza del tema, la Corte ha ritenuto non sostenibile una decisione «diretta» sulla costituzionalità o meno della normativa che incriminava il suicidio assistito alla stregua di un omicidio del consenziente. Al contempo, però, la Corte non poteva ignorare la lunga storia di inviti ignorati e moniti, anche reiterati, disattesi da parte del legislatore, sulle più

⁵⁷ Su cui v., in special modo, W. Friedmann, *Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling*, in 29 *Mod. L. Rev.* 593 (1966); T.E. Fairchild, *Limitation of New Judge-Made Law to Prospective Effect Only: "Prospective Overruling" or "Sunbursting"*, in 51 *Marq. L. Rev.* 254 (1967-1968). In senso critico rispetto all'utilizzo di questa tecnica decisoria, v. R.J. Traynor, *Quo Vadis, Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility*, in 28 *Hastings L.J.* 533 (1977).

⁵⁸ La decisione forse più famosa tra quelle che hanno operato un *prospective overruling* è quella resa nel caso *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965), relativa all'ammissibilità nel processo penale di prove acquisite illegalmente. La portata della pronuncia, a ben vedere, non sarebbe estranea alla tematica delle scelte tragiche, non foss'altro perché la Corte suprema si trovava di fronte all'opzione tra la protezione dei diritti del singolo (*sub specie* di garanzie processuali) e l'esigenza di proteggere la sicurezza e l'ordine pubblico. La modulazione degli effetti nel tempo, nella specie, era funzionale precisamente a non travolgere i procedimenti penali già in corso.

⁵⁹ Cfr., in part., la decisione *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987), in cui si è precisato che non può farsi luogo a una eccezione alla retroattività neppure allorché la nuova regola costituisca una «evidente rottura» con il passato. La portata di questa sentenza, limitata solo ad alcuni tipi di giudizi penali, è stata poi tendenzialmente generalizzata con la sentenza sul caso *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989). In proposito, v. E.E. Boshkoff, *Resolving Retroactivity After Teague v. Lane*, in 65 *Ind. L.J.* 651 (1977).

diverse questioni. Anche alla luce di questo, nella specie, l'esigenza di una presa di posizione era avvertita come troppo forte perché, con un semplice monito, ci si potesse affidare alla buona volontà del Parlamento, troppe poche volte mostrata nel passato; senza contare che, trattandosi di un giudizio in via incidentale, una soluzione di «ancora costituzionalità» avrebbe presumibilmente significato la condanna per l'imputato di un reato la cui esistenza si sarebbe potuta rivelare incompatibile con la Costituzione. Si è quindi optato per il rinvio a nuovo ruolo della causa motivato proprio con l'opportunità di lasciare al legislatore il lasso temporale di un anno per intervenire: Al termine dei dodici mesi, la Corte si sarebbe sentita legittimata a decidere, proprio in virtù della scarsa collaborazione che il legislatore avrebbe dimostrato⁶⁰⁻⁶¹.

Questa tecnica, che si è rivelata prodromica rispetto a una decisione nel merito, ha messo in luce proprio un tratto saliente degli equilibri istituzionali italiani, segnati da una scarsa cooperazione tra legislatore e giurisdizione costituzionale, che certo stride, oltre che – ovviamente – con il principio di costituzionalità che dovrebbe conformare l'intero ordinamento,

⁶⁰ Il rinvio a nuovo ruolo è stato disposto con l'ordinanza 24 ottobre – 16 novembre 2018, n. 207; l'inerzia del legislatore porterà la Corte alla declaratoria di incostituzionalità contenuta nella sentenza 25 settembre – 22 novembre 2019, n. 242. Di particolare rilievo, in questa sede, è l'*iter* argomentativo utilizzato dalla Corte nell'ordinanza n. 207 del 2018, nel quale uno spazio non trascurabile è stato – abbastanza eccezionalmente – assunto dall'argomento comparatistico (sull'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzione sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *DPCE*, 2, 2022, 191 ss.): onde suffragare l'opportunità di lasciare tempo al legislatore per intervenire, si sono evocati i casi canadese e britannico, nei quali le Corti supreme hanno constatato il contrasto tra la legislazione in vigore in materia di suicidio assistito e fonti superiori (la Costituzione, nel caso canadese, e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in quello britannico), chiamando conseguentemente il legislatore a emendare il vizio. Il parallelo con la situazione italiana è, peraltro, per entrambi non del tutto appropriato: nella sentenza *Carter v. Canada*, 2015 SCC 5 (6 febbraio 2015) si è dichiarata l'incostituzionalità della normativa e si è associata alla declaratoria la sospensione dei suoi effetti per dodici mesi (il caso italiano divergeva, quindi, in modo significativo, poiché, al momento della redazione dell'ordinanza, l'incostituzionalità era per la Corte una mera possibilità); con riferimento, invece, alla sentenza della Corte suprema londinese, *R (on the application of Nicklinson and another) v Ministry of Justice* e altri, [2014] UKSC 38 (23 giugno 2014), il rivolgersi al potere legislativo non era un'opzione, ma una pura necessità, sulla scorta degli effetti riconosciuti dallo *Human Rights Act* 1998 alla *declaration of incompatibility*.

⁶¹ Una dinamica analoga a quella sperimentata per la disciplina del suicidio assistito è stata riproposta con riferimento alla disciplina che prevedeva per i giornalisti una pena cumulativa, detentiva e pecuniaria, per reprimere i fatti di diffamazione: l'ordinanza 9 – 26 giugno 2020, n. 132, ha disposto il rinvio a nuovo ruolo della causa e la sentenza 22 giugno – 12 luglio 2021, n. 150, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina, non modificata dal legislatore. Diverso, invece, è stato l'esito della vicenda concernente l'ergastolo ostativo, nella quale la Corte, dopo due ordinanze di rinvio a nuovo ruolo (ordinanza 15 aprile – 11 maggio 2021, n. 97, e ordinanza 10 – 13 maggio 2022, n. 122), ha finalmente riscontrato un cambiamento normativo introdotto dal legislatore, un cambiamento tale da richiedere da parte del giudice *a quo* un nuovo esame della rilevanza della questione (ordinanza 8-10 novembre 2022, n. 227).

con gli esempi deducibili da altre esperienze anche vicine, in cui invece il tasso di rispondenza del legislatore alle sollecitazioni della giurisdizione costituzionale è ben più elevato.

2.2 L'impianto decisorio: le corti e l'azione (o inazione) degli organi politici

La focalizzazione dell'attenzione sui rapporti tra corti e legislatori, che caratterizza questo contributo, rende pressoché inevitabile il prendere in considerazione, anche a fini tassonomici, la diversità di situazione in cui versi l'organo giurisdizionale chiamato a compiere una scelta potenzialmente tragica a seconda che il suo intervento faccia seguito a uno precedente di qualche organo politico rappresentativo ovvero si inserisca su un terreno, se non proprio inesplorato (stante la difficoltà di individuarne negli ordinamenti odierni), almeno non occupato da puntuali decisioni legislative o comunque politiche.

Nel caso in cui il giudice costituzionale sia chiamato a pronunciarsi in merito a una questione su cui il legislatore sia intervenuto, è intuitivo che il giudizio non possa non strutturarsi nella forma del controllo da parte del giudice della conformità (o almeno della compatibilità) dell'operato del legislatore con quanto prescritto dalla Costituzione. Il punto centrale, in questa ipotesi, risiede nella sovrapponibilità della valutazione della corte a quella del legislatore, un tema la cui analisi dischiuderebbe l'ampissimo terreno del grado di approfondimento proprio del controllo esercitato dalla giurisdizione costituzionale sulla discrezionalità politica: l'argomento tocca, evidentemente, il cuore dei rapporti tra organi giurisdizionali e organi politici, richiedendo una disamina che qui non è possibile compiere e per la quale, come già fatto, si rinvia a studi altrui⁶².

Una situazione affatto diversa si ha quando il giudice costituzionale viene chiamato a decidere in merito a tematiche sulle quali il legislatore abbia, per un qualunque motivo, omesso di intervenire, con il che la problematica centrale diviene se il giudice abbia o meno la legittimazione a occupare un terreno rimasto sino a quel momento «vergine». E, nell'alternativa che si apre, l'estensione del costituzionalmente indifferente è il criterio alla cui luce misurare l'eventuale attivismo o l'eventuale inazione del giudice. Come è chiaro, l'assenza di un precedente interlocutore costringerà, se del caso, l'organo giurisdizionale a pronunciarsi in prima battuta, creando le condizioni per la deduzione della soluzione direttamente dai parametri costituzionali.

La distanza tra le due situazioni indicate appare affatto rilevante, proprio nella misura in cui l'approccio dell'organo di giustizia costituzionale, e quindi lo sviluppo dell'argomentazione e, magari, lo stesso esito della stessa, non possono non risentire del contesto in cui si colloca, in parallelo, del resto, con quanto si è avuto modo di rilevare, sotto un profilo altro ma senz'altro collegato, proponendo una concretizzazione «procedurale» del carattere tragico della scelta⁶³.

⁶² Cfr. *supra*, par. 2.1.2.; v., comunque, anche *infra*, par. 3.1.

⁶³ V. *supra*, par. 1.4.2.

Al di là dell'aspetto più direttamente rilevante in questa sede, conviene altresì rimarcare che la distinzione sopra evocata ha anche un diretto collegamento con i sistemi di giustizia costituzionale, e segnatamente con le vie d'accesso alla giurisdizione. In effetti, soltanto l'esistenza di una normativa concernente la scelta potenzialmente tragica garantisce la possibilità per il giudice costituzionale di pronunciarsi. Ciò in quanto porsi la questione della scelta tragica da parte del giudice in difetto di un previo intervento legislativo implica, a monte, che il sistema di giustizia costituzionale presenti determinati caratteri: in particolare, perché si possa verificare una tale evenienza, deve darsi una delle due condizioni che seguono. La prima è che il controllo giurisdizionale non può essere unicamente di tipo astratto, poiché solo un controllo concreto può assicurare un oggetto al giudizio: in sostanza, l'assenza di un atto legislativo implica che la scelta tragica venga riferita a un caso della vita cui si debba applicare una regolamentazione giuridica, la quale ultima, ovviamente, dovrà essere dedotta attraverso il ricorso a principi o norme generali oppure a disposizioni o pronunce che disciplinino casi analoghi⁶⁴. Se la concretezza è la regola, un'eccezione è tuttavia registrabile in relazione a quei sistemi nei quali è ammesso il controllo di costituzionalità dell'omissione legislativa: è dunque questa la seconda delle condizioni evocate⁶⁵.

L'alternativa tra l'esistenza o meno di un previo intervento legislativo sulla scelta tragica (in un contesto eticamente connotato) non concerne, quindi, soltanto la concretizzazione del tipo di approccio alla questione che il giudice avrà o il tipo di condizionamento che si esplicherà in relazione a quale organo prenda per posizione per primo. L'alternativa, in connessione con il sistema di giustizia costituzionale, evoca, ancora più in radice, finanche la possibilità o meno per una corte di pronunciarsi su una questione.

2.3 Le tecniche argomentative e decisorie

Quello che può probabilmente definirsi il fulcro dell'intera indagine qui condotta risiede nell'individuazione delle principali tecniche decisorie e argomentative che gli organi di giustizia costituzionale utilizzano allorché –

⁶⁴ Come è chiaro, l'alternativa tra disposizioni e pronunce richiama quella tra sistemi di *civil law* e di *common law*, essendo l'*analogia legis* ordinariamente ammessa nei primi e vietata nei secondi, nei quali invece l'*analogia* si applica nell'ambito del *case law*.

⁶⁵ Il tema del controllo sull'omissione legislativa, per le sue implicazioni e per l'impatto che ha sul sistema di giustizia costituzionale, è da tempo al centro dell'interesse della scienza comparatistica: a parte il lavoro pionieristico di C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, V, 1970, 153 ss., un'analisi di marca comparatistica è proposta in A.S. Bruno, L. Cassetti (cur.), *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore: le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, Torino, 2019. All'omissione legislativa e al sindacato sulla stessa è stato dedicato anche il XIV Congresso della Conferenza delle Corti costituzionali europee, svoltosi a Vilnius nel giugno 2008, i cui atti sono stati pubblicati in un numero speciale dell'*e-Bulletin on Constitutional Case-Law* curato dalla Commissione di Venezia (il numero è consultabile alla pagina www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf; v., in special modo, il *General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence*, *ivi*, 5 ss.).

superata la fase in cui può maturare un rifiuto di decidere – affrontano un giudizio di merito recante una scelta potenzialmente tragica in un ambito eticamente sensibile. In proposito, se qualunque pretesa di completezza, come si è visto⁶⁶, sarebbe (ancor più che velleitaria, semplicemente) insensata, un qualche tentativo di schematizzazione, agevolato dal dispiegarsi dell'approccio comparatistico, può essere invece condotto⁶⁷. È inevitabile che la schematizzazione, specie in ambiti tanto complessi come quelli qui in discorso, porti con sé il rischio concreto di semplificazioni eccessive; con questo *caveat*, si proverà comunque a strutturare una tassonomia basata sull'enucleazione di quattro grandi categorie cui ricondurre i percorsi argomentativo-decisori che connotano gli atteggiamenti delle corti: la negazione del carattere tragico della scelta, l'accettazione e il contemporaneo ridimensionamento del carattere tragico, il riconoscimento del carattere tragico associato all'accentuazione del carattere obbligato della scelta e, infine, la piena assunzione della tragicità, con quanto ne consegue.

2.3.1 La negazione del carattere tragico della scelta

Un organo giurisdizionale che debba decidere su una questione tale da potersi definire, almeno in astratto, «tragica» è inevitabile che debba innanzitutto confrontarsi con un problema generale di legittimazione a decidere una questione di questo tipo. Il problema è inevitabile, ma non è insormontabile. O, quanto meno, le strade per superarlo non mancano; tra queste, la più lineare è forse quella di smontare in radice il postulato essenziale del problema, e cioè la natura tragica della scelta da compiere. Detto in termini meno ermetici, perché una scelta si ascriva al novero di quelle tragiche, deve ovviamente avere determinate caratteristiche, la prima delle quali, come si è visto⁶⁸, risiede nella constatazione di una scarsità di risorse che impone un sacrificio, nel senso che la scelta che si vada a compiere, privilegiando una esigenza o un diritto, si tradurrà inevitabilmente nel sacrificio di una esigenza o di un diritto contrapposto a quello che è stato preferito. Ora, non può escludersi che una scelta *prima facie* «tragica» possa essere derubricata a meramente «difficile» attraverso la contestazione dell'esistenza di esigenze o diritti da sacrificare.

Un esempio, tra i molti possibili, consentirà – si spera – di chiarire il discorso. L'abolizione della pena di morte è una scelta che viene solitamente compiuta dagli organi politici; tuttavia, esistono ordinamenti nei quali sono stati gli organi di giustizia costituzionale a procedere in tal senso⁶⁹. Che si tratti di una questione etica (e politica) molto sensibile, è indiscutibile; che sia una scelta perlomeno difficile lo è parimenti; che sia una scelta tragica, invece, è tutt'altro che scontato. Ciò in quanto le giurisdizioni che hanno pronunciato l'incostituzionalità della pena di morte hanno solitamente fatto

⁶⁶ V. *supra*, par. 2.

⁶⁷ Cfr., al riguardo, quanto detto *supra*, par. 1.5.

⁶⁸ Cfr. *supra*, par. 1.2.

⁶⁹ Per una analisi delle varie modalità attraverso cui si è giunti, nei vari ordinamenti, all'abolizione della pena di morte, v., volendo, P. Passaglia, *La condanna di una pena*, cit., spec. 99 ss.

ricorso a una molteplicità di argomenti, ma tra questi non è mai mancato quello secondo cui l'esistenza della pena capitale non produce di per sé benefici in termini di riduzione dei reati e di aumento della sicurezza: questa constatazione è stata fondamentale, non solo per giungere alla decisione finale, ma, a monte, per rafforzare la legittimazione dell'organo decidente, giacché ha fatto venir meno il nucleo fondante delle esigenze che i retenzionisti indicavano come destinate a vedersi comprese in caso di abolizione. Così facendo, quindi, la decisione di abolire la pena di morte ha perso il carattere di scelta tragica, perché non si è articolata nella determinazione delle esigenze da salvaguardare e di quelle da (conseguentemente) sacrificare, ma è andata ad assumere, piuttosto, i tratti di una verifica della sostenibilità, da un punto di vista costituzionale, della persistenza in capo ai pubblici poteri della disponibilità del diritto alla vita dei consociati. Il venir meno, se non altro in larga misura, di esigenze contrastanti ha reso il giudice inevitabilmente più libero di operare il controllo di validità delle norme rispetto ai parametri costituzionali, ridimensionando al contempo il carico di delegittimazione potenziale che altrimenti la questione avrebbe comportato.

Non è probabilmente un caso che, tra le non pochissime pronunce nelle quali si è addivenuti a una declaratoria di incostituzionalità della pena di morte o della disciplina della stessa, a resistere allo *stress test* della reazione da parte della classe politica e dell'opinione pubblica siano state principalmente quelle nelle quali il giudice ha avuto cura di contestare con chiarezza l'*utilità* della pena di morte e, al contempo, di suggerire l'utilità dell'abolizione nel quadro di un processo di integrazione sovranazionale⁷⁰. Per converso, là dove l'incostituzionalità non è stata corroborata da indicazioni di questo tipo o, peggio, è stata assortita da un ventaglio di posizioni tra loro non coerenti circa l'esistenza di esigenze in ipotesi da sacrificare, l'abolizione per via giudiziaria della pena ha dato luogo a una reazione di segno esattamente opposto: il caso della sentenza *Furman v. Georgia* del 1972, negli Stati Uniti, è emblematico⁷¹. Non si tratta, come è chiaro, di una regola assoluta, giacché reazioni si sono avute anche a fronte di argomentazioni univoche contro l'utilità della pena capitale⁷²; ciò nondimeno, indicazioni tendenziali sembra che possano essere tratte proprio dalla forza con cui si è sostenuto che il mantenere una pena tanto barbara quanto quella capitale non serviva a granché.

Un altro esempio che può prospettarsi, di nuovo a titolo puramente indicativo, attiene al diritto di portare armi, segnatamente in riferimento all'evoluzione conosciuta negli ultimi lustri dalla giurisprudenza della Corte suprema statunitense. Ripercorrere la linea di frattura all'interno del collegio

⁷⁰ Non a caso, le abolizioni giurisdizionali della pena di morte motivate dall'invalidità della stessa si sono avute principalmente nell'Europa centro-orientale nel corso degli Anni Novanta (Ungheria, 1990; Bosnia-Erzegovina, 1997; Lituania, 1998; Albania, 1999; Ucraina, 1999), cioè in paesi in piena transizione da un sistema di socialismo reale verso il modello liberal-democratico di stampo occidentale.

⁷¹ V. *supra*, par. 1.4.2.

⁷² Per una rassegna delle pronunce dichiarative dell'incostituzionalità della pena di morte o della sua disciplina da parte delle corti statunitensi (federali o statali) e per il seguito di tali statuizioni, si rinvia, nuovamente, a P. Passaglia, *La condanna di una pena*, cit., 142 ss. e 161 ss.

in merito alla sussistenza o meno di un diritto *individuale* a portare armi (oppure, nell'impostazione risultata recessiva, di un diritto legato esclusivamente a quello degli stati ad avere una milizia) non è soltanto un addentrarsi nel contrasto in merito all'interpretazione da dare al Secondo Emendamento alla Costituzione federale, ma è anche, se non soprattutto (e, in ogni caso, a monte), il confronto tra chi collega il rafforzamento del diritto di portare armi alla crescita delle morti da arma da fuoco e chi nega una tale correlazione. Non rileva, qui, che i primi si appoggino su evidenze scientifiche mentre i secondi su banalità assortite: quali che ne siano i fondamenti, è chiaro che i primi propongono di impostare la questione, *quanto meno*, alla luce dell'esistenza di una scelta tragica⁷³ mentre i secondi, riducendo la portata della scelta a quelle, *tutt'al più*, «difficili», possono sviluppare le loro argomentazioni sulla conformità dell'oggetto legislativo al parametro di giudizio senza doversi confrontare con la indefettibilità di qualche sacrificio.

2.3.2 L'accettazione associata al ridimensionamento della tragicità della scelta

L'esigenza, che è costante per qualunque giurisdizione, di evitare pericoli di delegittimazione non si concretizza soltanto nella negazione del carattere tragico di una scelta, poiché ben può darsi il caso, che è anzi quello più «normale», in cui una scelta tragica non possa essere ricondotta – più o meno fondatamente – al rango di scelta puramente difficile.

L'impossibilità di aggirare la scomoda posizione di affrontare scelte tragiche non osta a che il giudice possa contenere i rischi di delegittimazione attraverso un ridimensionamento del coefficiente di tragicità della scelta che si trova a compiere. Altrimenti detto, se non si può escludere in radice che sussistano esigenze contrapposte che impongano il sacrificio di quella recessiva, si può sempre argomentare in forma tale da ridimensionare quanto più possibile l'impatto negativo che, nei fatti, sull'esigenza recessiva si produce.

Anche in questo caso, il ricorso all'esemplificazione risulta senz'altro più fruttuoso di argomentazioni che si muovano su un livello astratto. All'uopo, appare paradigmatica l'attitudine che, più o meno a tutte le latitudini, le corti hanno assunto in tema di vaccinazione obbligatoria. Il

⁷³ Questa ricostruzione, peraltro, è, per così dire, una difesa di secondo livello, utilizzata in via subordinata rispetto all'argomento che nega in radice l'esistenza di un diritto individuale. Sul tema, si può rinviare, per un primo orientamento, ai commenti alla sentenza *New York State Rifle & Pistol Assn. v. Bruen*, 597 U.S. 1 (2022): cfr., in Italia, A. Fiorentino, *Tutta un'altra storia. Il diritto di girare armati e la legislazione sulle armi alla prova del nuovo (e manipolabile) test storico: prime note a margine di New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen*, in *Forum Quad. cost.*, 4, 2022, 12 ss.; C. Graziani, *La regolamentazione delle armi negli Stati Uniti: tra originalismo e riforme. Riflessioni a partire dalla sentenza Bruen della Corte Suprema*, in *Corti supreme e Salute*, 3, 2022, 589 ss.; P. Passaglia, *Tra passatismo, incomunicabilità ed estremismo, la Corte suprema statunitense sacralizza il diritto a portare armi*, in *Forum Quad. cost.*, 2022, 3, 143 ss.; L. Serafinelli, *Il Secondo Emendamento e il diritto di portare armi da fuoco nei luoghi pubblici*, in *DPCE Online*, 3, 2022, 1619 ss.

carattere tragico della scelta risiede, come è chiaro, nell'impossibilità di individuare una soluzione che possa non sacrificare esigenze e diritti costituzionalmente meritevoli di protezione, e cioè, schematizzando al massimo: da un lato, la salute pubblica e l'esigenza di contenere contagi; dall'altro, la libertà di autodeterminazione individuale e il diritto alla salute individuale di chi, sottoponendosi alla vaccinazione, rischia di subire danni. Nessuno degli elementi evocati può essere trascurato, per la semplice ragione che sono tutti insopprimibili. Ciò posto, la scelta, pur restando tragica (nel senso sopra descritto), può comunque essere considerevolmente alleggerita, seguendo la strada del ridimensionamento della portata da riconoscere alla o alle esigenze opposte a quella o quelle che si ritengano prevalenti.

Emblematica, al riguardo, è l'impostazione attraverso la quale le corti generalmente avallano le previsioni legislative che abbiano introdotto obblighi vaccinali, all'uopo richiamando sia la discrezionalità del legislatore che, soprattutto, le evidenze scientifiche (su cui il legislatore stesso ha presumibilmente fatto leva), dalle quali si traggono indicazioni relative ai danni riportati in conseguenza della vaccinazione, i quali si manifestano in un numero estremamente contenuto di soggetti e i quali si caratterizzano per una tendenziale sopportabilità, essendo generalmente solo temporanei. Una volta riconosciuta, alla luce dei principi costituzionali, la tollerabilità della compressione della libertà di autodeterminazione che la vaccinazione obbligatoria comporta, e constatati i suoi benefici per la comunità, la scelta, che la stessa Corte costituzionale italiana ha definito «tragica»⁷⁴, finisce per essere indirizzata su binari ben definiti, che il giudice percorre facendo emergere l'impossibilità di proporre strade realmente alternative. Tutt'al più, si possono porre condizioni, consistenti ad esempio nella verifica della persistente necessità dell'obbligo vaccinale per garantire la salute collettiva oppure nella indefettibilità di una indennizzazione per i soggetti danneggiati; al di là di questi temperamenti, però, l'obbligo vaccinale, *quando scientificamente motivato*, viene confermato. Le decisioni giurisdizionali emergenti da un'indagine comparatistica erano già piuttosto univoche in ordinamenti che sono stati efficacemente definiti «a tendenza impositiva»⁷⁵, quali Stati Uniti⁷⁶ e Francia⁷⁷; con la pandemia da Covid-19, l'obbligo

⁷⁴ Così Corte costituzionale, sentenza 15-18 aprile 1996, n. 118.

⁷⁵ Cfr. M. Tomasi, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *DPCE*, 2, 2017, 463 ss.

⁷⁶ V. già la sentenza resa dalla Corte suprema federale nel caso *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), in cui si è riconosciuta la costituzionalità della vaccinazione obbligatoria che risultasse necessaria per far fronte a necessità di salute pubblica, purché gli strumenti per eseguirla fossero proporzionati e non arrecassero danni: sin dagli albori del XX secolo, dunque, la vaccinazione obbligatoria è stata giustificata secondo la logica del minimo mezzo.

⁷⁷ Cfr. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2015-458 QPC del 20 marzo 2015, *Époux L.*, in cui si è riconosciuta un'ampia libertà a beneficio del legislatore nella definizione di una politica di vaccinazione che sia volta alla protezione della salute individuale e collettiva, una politica che non può non tener conto dell'evoluzione dei dati scientifici, medici ed epidemiologici; in questo quadro, il controllo di costituzionalità non può spingersi oltre la censura di disposizioni che si rivelino «manifestamente inappropriate» al raggiungimento dell'obiettivo di protezione della salute perseguito dal legislatore.

vaccinale ha trovato importanti conferme giurisprudenziali in sistemi «ibridi», come l'Italia⁷⁸, e in sistemi tradizionalmente basati sulla logica promozionale della «spinta gentile»⁷⁹, quale è la Germania⁸⁰⁻⁸¹.

Se l'ambito delle vaccinazioni è particolarmente evocativo, non mancano (molti) altri esempi che possono essere fatti. Il ridimensionamento della portata fattuale di uno degli elementi incidenti sui principi o sui diritti tra cui scegliere è piuttosto diffuso – o almeno lo è stato e si auspica che lo sia sempre meno – nel contenzioso inerente all'ambiente. Le norme e/o i comportamenti lesivi dell'ecosistema sono sovente stati oggetto di una

⁷⁸ M. Tomasi, *Vaccini e salute pubblica*, cit., 473 ss. La posizione della giurisprudenza costituzionale italiana, peraltro, è piuttosto ferma nella giustificazione dell'obbligo vaccinale, quando sussistente (cfr., anche per l'inquadramento comparatistico proposto, la sentenza 22 novembre 2017 – 18 gennaio 2018, n. 5), pur in un quadro di cautele e possibili eccezioni relative al trattamento sanitario obbligatorio, che di recente, nella sentenza 1° dicembre 2022 – 9 febbraio 2023, n. 14, è stato riassunto in queste condizioni di legittimità: «a) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; b) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze «che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»; c) se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (tra le altre, sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)».

⁷⁹ M. Tomasi, *Vaccini e salute pubblica*, cit., 459 ss.

⁸⁰ Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, decisione del Primo Senato del 27 aprile 2022 - 1 BvR 2649/21 -. Nella pronuncia si è affrontata la questione derivante dall'introduzione di un obbligo vaccinale, che è stato, sì, riconosciuto alla stregua di una limitazione del diritto all'autodeterminazione, ma che è risultato giustificato e proporzionato al perseguimento di uno scopo costituzionalmente legittimo, individuato nella protezione delle persone più vulnerabili nei confronti del Covid-19, sull'assunto che sussistesse una situazione di pericolo tale da rendere necessario un intervento pubblico (una situazione nella specie constatata in base a dati e riscontri ampiamente documentati forniti dall'Istituto Robert Koch). Alla luce di questa impostazione, un obbligo vaccinale può risultare inadeguato solo se non consenta di raggiungere lo scopo che il legislatore si è prefissato, nell'esercizio di una discrezionalità relativamente alla quale il *Bundesverfassungsgericht* deve limitarsi a una verifica della sostenibilità logica (Rn. 166).

⁸¹ Un'eccezione solo apparente, o comunque di portata molto contenuta, è rintracciabile nell'ordinamento spagnolo, dove il tradizionale impianto contrario all'obbligo vaccinale è stato derogato, durante la pandemia, in talune Comunità autonome. Contro le normative di due Comunità (ma non contro quelle analoghe adottate da altre), il Governo si è rivolto al *Tribunal Constitucional*, con ricorsi in via principale che hanno condotto alla sospensione delle normative. Il Tribunale, senza affrontare in alcun modo il merito delle questioni, ha confermato la sospensione, una volta constatato che la vaccinazione obbligatoria, da un lato, non fosse da ritenersi una misura di prevenzione autorizzata dalla legge organica in materia di salute pubblica e che, dall'altro, si aveva una potenziale incidenza su diritti fondamentali, con possibili danni irreparabili. La prima decisione, concernente la disciplina galiziana, è stata adottata con l'auto 74/2021, del 20 luglio; la seconda, inerente alla normativa basca, con l'auto 112/2022, del 13 luglio. A ridimensionare ulteriormente la portata di queste due decisioni (che, come detto, non hanno preso posizione sul merito delle questioni) è intervenuta la rinuncia al ricorso da parte dell'esecutivo nazionale nei confronti della legge galiziana (cfr. l'auto 70/2022, del 27 aprile). Allo stato, resta dunque pendente soltanto il giudizio di costituzionalità relativo alla legge basca.

interpretazione riduzionistica quanto alla loro portata, ciò che ha consentito di giustificarne la non incompatibilità con i parametri costituzionali, a fronte di contrapposte esigenze pure dotate di sicura rilevanza. Un elenco minimamente ragionato di questo tipo di decisioni richiederebbe con ogni probabilità qualche decina di pagine; per la sua «crudezza» conviene forse citare una decisione abbastanza recente resa dal *Conseil constitutionnel*, capace di avallare scelte politiche dichiaratamente lesive dell'ambiente, nonostante la presenza nell'ordinamento francese di una *Charte de l'environnement* dotata, dal 2005, di rango costituzionale. Il riferimento è alla decisione dell'agosto 2022 con la quale il *Conseil*, pur esplicitamente ammettendo che l'installazione e la messa in funzione di un terminale galleggiante per metaniere possa arrecare danni all'ambiente, ha comunque dichiarato costituzionali le deroghe previste alla normativa del *Code de l'environnement* tese a consentire l'installazione di un terminale nell'area portuale di Le Havre, sull'assunto che le deroghe – peraltro ritenute contenute – miravano a rispondere alle difficoltà di approvvigionamento energetico, aumentando le capacità di trattamento di gas liquefatto: in sostanza, il danno ambientale è stato oscurato da altre esigenze costituzionali, tra cui l'indipendenza della Nazione e la tutela di elementi essenziali del suo potenziale economico⁸². Da notare è che con un'affermazione di questo tipo si sono relativizzate, e non poco, affermazioni ben più impegnative dello stesso *Conseil* nel senso del rilievo da dare alla protezione dell'ambiente⁸³, tra l'altro già in parte sbiadite da qualche lettura riduzionistica, come quella concernente la portata dell'obbligo di concertazione per l'utilizzo da parte degli agricoltori di prodotti fitofarmaceutici in prossimità delle abitazioni⁸⁴.

È appena il caso di rilevare che sulle tematiche ambientali il panorama è comunque assai variegato. Restando nell'ambito dell'ordinamento francese, può citarsi come esempio positivo quello del *Conseil d'État*, che negli ultimi anni è stato un censore attento delle politiche pubbliche dirette a ridurre l'inquinamento atmosferico, tanto da sanzionare il Governo con *astreintes* milionarie per il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati⁸⁵. In

⁸² *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2022-843 DC del 12 agosto 2022, *Loi portant mesures d'urgence pour la protection du pouvoir d'achat*.

⁸³ Cfr., in particolare, *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2019-823 QPC, del 31 gennaio 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, commentata da V. Cavanna, *Ambiente e salute: obiettivi di valore costituzionale da tutelare anche oltre le frontiere nazionali*, in *Corti supreme e Salute*, 3, 2020, 567 ss.; in tale decisione, il *Conseil constitutionnel* ha espressamente riconosciuto, sulla base del preambolo della *Charte de l'environnement*, che la protezione dell'ambiente, patrimonio comune degli esseri umani, costituisce un obiettivo di valore costituzionale.

⁸⁴ V. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2021-891 QPC del 19 marzo 2021, *Association Générations futures et autres*.

⁸⁵ Per limitarsi alle ultime fasi del lungo contenzioso, con le decisioni del 1° luglio 2021 (n. 427301) e del 4 agosto 2021 (n. 428409), la suprema giurisdizione amministrativa aveva ingiunto al Governo di assumere, non più tardi del 31 marzo 2022, tutte le misure idonee a raggiungere entro il 2030 l'obiettivo della riduzione del 40% delle emissioni di gas serra. Con la successiva decisione del 10 maggio 2023 (n. 467982), pur riconoscendo che nel frattempo il Governo aveva adottato nuove misure, il *Conseil* ha rilevato che non appariva ancora pienamente garantita la riduzione delle emissioni di gas serra, donde una nuova ingiunzione, con assegnazione di un termine a provvedere, fissato al 30

materia, comunque, la pronuncia probabilmente più significativa è quella resa dal *Bundesverfassungsgericht* nella primavera del 2021 in riferimento alla Legge sulla protezione del clima⁸⁶. L'indicazione operata dal legislatore degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas serra è stata ritenuta dai giudici di Karlsruhe insufficiente, segnatamente perché erano stati fissati obiettivi per il 2030, senza però disporre in maniera compiuta per il periodo successivo. Proprio questa carenza è stata stigmatizzata, sull'assunto che a una generazione non dovrebbe essere permesso di consumare buona parte delle risorse naturali, laddove ciò comporti per le successive generazioni oneri radicali e potenziali compressioni della propria libertà di azione⁸⁷. Con questa pronuncia, si è andata disegnando in maniera compiuta una nuova dimensione della tragicità delle scelte, quella nella quale la carenza delle risorse e la compressione di alcune esigenze in favore di altre debbono misurarsi anche (e per certi versi soprattutto) in chiave diacronica. Un esempio particolarmente virtuoso, dunque, che bilancia altre decisioni che appaiono assai più «disinvolute» in materia ambientale, quando non giungono a livelli tali da suggerire addirittura l'idea del riduzionismo o del negazionismo nei confronti dei danni all'ecosistema.

Ancora per l'immediato, ma in una prospettiva che non può non guardare anche al futuro, ridimensionamenti fattuali della tragicità delle scelte si possono rintracciare nel diritto delle nuove tecnologie e nell'incidenza che queste hanno su principi e diritti fondativi addirittura dello stato di diritto. Una vicenda, da questo punto di vista, merita di essere ricordata, perché ha evocato, più nitidamente di altre, uno dei presupposti della convivenza civile successiva all'età delle rivoluzioni, quella secondo cui *nul n'est censé ignorer la loi*. Il riferimento è a quanto avvenuto nell'ordinamento belga, segnatamente in relazione a una decisione del 2004 della (allora ancora) *Cour d'arbitrage*, la quale si è pronunciata su un ricorso promosso avverso la legge che modificava le forme di pubblicazione del *Moniteur belge* limitando la stampa a sole tre copie cartacee oltre a quelle richieste in abbonamento e facendo della pubblicazione telematica il canale normale di accesso alla legislazione. Una delle doglianze riguardava l'asserita discriminazione tra cittadini in ragione della loro situazione economica e sociale, che si riverberava sulla capacità e sulle possibilità di accedere a *Internet*. La Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle disposizioni legislative impugnate per gli effetti pregiudizievoli che esse arrecavano, in assenza di adeguati provvedimenti di accompagnamento volti a garantire comunque l'accesso ai fogli ufficiali a determinate categorie di

giugno 2024.

⁸⁶ *Bundesverfassungsgericht*, decisione del Primo Senato del 24 marzo 2021 - 1 BvR 2656/18 - (BVerfGE 157, 30-177).

⁸⁷ Per commenti in lingua italiana della decisione, v. A. De Petris, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 4, 2021, 127 ss.; J. Jahn, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2022, 47 ss.; A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Diritti Comparati*, 2, 2023, 56 ss.

persone⁸⁸. La decisione ha avuto un seguito in una legge del 2005, che, oltre all'introduzione di una quarta copia cartacea e di una copia in microfilm, ha reso possibile ottenere, a prezzo di costo, una copia degli atti pubblicati, individuabili anche attraverso un servizio ausiliario prestato via telefono che è stato messo a disposizione gratuitamente: solo grazie a tali adattamenti, finalizzati a evitare discriminazioni e potenziali esclusioni, la Corte ha finalmente avallato la disciplina della pubblicazione telematica⁸⁹.

2.3.3 Il bilanciamento: la tragicità temperata dal carattere (più o meno) obbligato della scelta

Quanto si è venuti dicendo nel paragrafo precedente, a ben vedere, dischiude l'ampissimo ambito del bilanciamento tra contrapposti interessi ed esigenze, che è certamente una delle tecniche di giudizio le quali contribuiscono maggiormente ad alimentare un dialogo giurisdizionale transnazionale, poiché tutte le corti a essa fanno ricorso, e lo fanno con estrema frequenza. In fondo, è proprio grazie al bilanciamento che le corti possono decidere un gran numero di questioni sensibili (difficili o tragiche che siano).

Il bilanciamento, tuttavia, non risponde a canoni uniformi. Gli esempi contemplati nel paragrafo precedente implicano, come si accennava, un bilanciamento che viene risolto più sul versante fattuale che su quello prettamente giuridico: lo svuotarsi, nei fatti, dell'importanza o di parte dell'importanza di un fattore conduce quasi di risulta al prevalere di un principio o di un diritto rispetto a quello contrapposto che dal fattore è direttamente inciso. Assai più delicati sono, allora, quei bilanciamenti nei quali considerazioni fattuali non possono venire in soccorso del giudice, che deve dunque assumere in pieno l'onere di *scegliere* tra interessi ed esigenze in gioco sulla base di una comparazione tra di essi e di un giudizio di prevalenza che sia argomentato sul piano (non sociale, economico o scientifico, etc., bensì) *giuridico*.

Sono, questi, i casi più classici di bilanciamento, i casi sui quali la giurisprudenza e la dottrina si sono maggiormente soffermate, nei vari ordinamenti. Da un punto di vista comparatistico, la tecnica in questione risulta di particolare interesse, perché consente di cogliere le differenze, talora marcate talaltra presenti in forma di sfumatura, e le similitudini, più o meno forzate, nella tutela dei vari diritti (e doveri) e nei rapporti tra questi. Ad esempio, un fenomeno come l'interruzione volontaria della gravidanza è ovvio che implichi una scelta tragica, tra il diritto alla vita – ammesso che sia riconosciuto/riconoscibile – del nascituro, da un lato, e la tutela della salute e la libertà di autodeterminazione della donna, tralasciando altri interessi che sono comunque di minore importanza rispetto a quelli appena evocati. Lo studio della ricca giurisprudenza presente in molti ordinamenti, unitamente al ricorrere di elementi fattuali assimilabili, consentirebbe di cogliere le impostazioni più favorevoli all'una o all'altra esigenza, all'interno di un ventaglio di soluzioni quanto mai variegato⁹⁰. Anche a un'osservazione

⁸⁸ *Cour d'arbitrage, arrêt* n. 106/2004, del 16 giugno 2004.

⁸⁹ *Cour d'arbitrage, arrêt* n. 10/2007, del 17 gennaio 2007.

⁹⁰ Il diritto all'aborto, anche per quanto detto nel testo, rappresenta una tematica sulla

del tutto superficiale, un dato appare però pressoché costante, e cioè una parte del percorso logico che conduce alla soluzione adottata, quale essa sia: invariabilmente, infatti, i giudici disegnano il bilanciamento tra contrapposti interessi ponendo l'accento sul vincolo che si impone loro alla luce del parametro costituzionale. In sostanza, non potendo ridimensionare il carattere tragico, si riducono ai minimi termini la portata e il contenuto della scelta, rendendola sostanzialmente obbligata: proprio questo obbligo è sovente addotto come giustificazione della decisione (sul presupposto che, se la valutazione fosse «libera», dovrebbe essere lasciata agli organi politici) e come difesa contro il rischio di delegittimazione che incombe su qualunque organo giurisdizionale che intervenga su questioni «sensibili».

L'esempio dell'interruzione volontaria della gravidanza è solo uno degli innumerevoli che potrebbero evocarsi nei quali scelte tragiche su questioni etiche conducono le corti a dedurre direttamente dalla costituzione le «rime obbligate» – per dirla con Vezio Crisafulli⁹¹ – del loro spartito. Probabilmente a tutte o quasi le questioni costituzionalmente rilevanti relative al biodiritto potrebbe essere applicato questo schema decisorio⁹², ma lo stesso varrebbe per le verifiche circa la costituzionalità delle sanzioni penali, per non parlare di talune delle sfide poste alla tutela della dignità e dell'intimità dallo sviluppo dei mezzi di comunicazione, sostenuti da tecnologie nuove, ma anche tradizionali⁹³. Ancora, i bilanciamenti orientati

quale la ricerca comparatistica si è soffermata in maniera particolare. Non potendo, come è chiaro, ricostruire una bibliografia quanto mai ampia, e destinata presumibilmente ad arricchirsi alla luce degli sviluppi recenti che sul tema si sono avuti (non solo negli Stati Uniti), ci si deve limitare a qualche riferimento tra i più prossimi da un punto di vista cronologico. In lingua italiana, v. il volume di A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, 2^a ed., Torino, 2022, e la sezione monografica *L'interruzione volontaria della gravidanza: una prospettiva comparata*, in *Nomos*, 2, 2022; in lingua inglese, v., oltre all'ormai «classico» R.J. Cook, J.R. Erdman, B.M. Dickens (Eds), *Abortion Laws in Transnational Perspective: Cases and Controversies*, Philadelphia, 2014, S. Fredman, *Abortion*, in *Comparative Human Rights Law, online edition*, Oxford, 2018, nonché il *debate* dal titolo *Comparative Legal Perspectives on Abortion*, ospitato sul sito *Verfassungsblog* (gennaio-febbraio 2023: <https://verfassungsblog.de/category/debates/comparative-legal-perspectives-on-abortion-debates/>). In lingua francese, un'indagine particolarmente estesa, a livello di paesi presi in considerazione, è contenuta in G. Rousset (Coord), *L'interruption de grossesse en droit comparé. Entre cultures et universalisme*, Bruxelles, 2022.

⁹¹ Su questa dottrina e sull'evoluzione che essa ha conosciuto, specie negli ultimi tempi, nel contenzioso costituzionale italiano, v., in part., D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2, 2021, 5 ss.

⁹² Per un inquadramento teorico e casistico di queste tematiche, v. C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, 3^a ed., Torino, 2012.

⁹³ Al riguardo, potrebbero evocarsi le tematiche della protezione dei dati nella società dell'informazione, ma molti altri campi sarebbero da menzionare, al punto che formulare esempi specifici finirebbe per essere una scelta del tutto arbitraria. Sarebbe difficilmente contestabile che la nutrita giurisprudenza che è andata sviluppandosi nel corso degli anni in materia di nuove tecnologie potrebbe ambire a trovare uno spazio all'interno di questo lavoro; a ben vedere, però, non sarebbe da trascurare il fatto che, in concreto, molte delle pronunce che hanno avuto una più ampia circolazione a livello transnazionale non mostrano, quanto meno *prima facie*, caratteristiche che possano

verso l'obbligatorietà della scelta da compiere connotano fortemente le questioni in cui la tragicità discende dalla limitatezza delle risorse economiche, e quindi dall'incidenza su situazioni patrimoniali personali a fini di risanamento delle finanze pubbliche (*ergo*, in ultima analisi, per assicurare il benessere collettivo), come si è visto in occasione della crisi economica dello scorso decennio, o, viceversa, dalla necessità di imporre alle finanze pubbliche un sacrificio per garantire diritti sociali individuali⁹⁴.

Una rassegna di tutte queste decisioni mostrerebbe, tra l'altro, quanto le corti, nel dare concretezza all'obbligatorietà costituzionale, tendono a evitare soluzioni di impronta manichea, ricercando, proprio attraverso la tecnica del bilanciamento, equilibri e contemperamenti, più che determinazioni in termini di rigorosa prevalenza di un diritto sull'altro. Altrimenti detto, il giudizio di prevalenza che dalla costituzione si deduce si configura sovente in riferimento, non già al raffronto tra principi e diritto in astratto, bensì in riferimento a specifiche situazioni. Proprio l'individuazione di queste situazioni porta alla relativizzazione della prevalenza, calibrando alla luce di un principio di giustizia nel caso singolo. Si tratta di un approccio

richiamare il concetto di scelta tragica (e/o di questione etica): si pensi alla limitazione dei contenuti osceni circolanti su *Internet* oggetto del caso statunitense *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997) o alla violazione del diritto d'autore come base per la disconnessione dalla rete di cui si è occupato il *Conseil* francese in relazione alla ben nota pronuncia *Hadopi I* (decisione n. 2009-580 DC del 10 giugno 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*). Sicuramente più «impegnative», anche da un punto di vista etico, sono le pronunce sulla tutela del diritto all'oblio (Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*), sull'accesso dei condannati per reati sessuali ai *social media* (*Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. 98 (2017)) o sulla consultazione abituale di siti terroristici (*Conseil constitutionnel*, decisioni n. 2016-611 QPC del 10 febbraio 2017 e n. 2017-682 QPC del 15 dicembre 2017, *M. David P.*), ciò nondimeno, anche in queste occasioni, la tragicità della scelta appare tutto sommato sullo sfondo, se davvero si può anche solo intravedere. Più convincente, semmai, è leggere la sussistenza di una scelta tragica nel bilanciamento da operare tra la protezione dei dati personali e la lotta contro la diffusione del Covid-19: la tematica, sotto diverse angolature, è stata oggetto di molti interventi giurisprudenziali, una parte dei quali è stata sistematizzata da C. Angiolini, *Case Law Survey on Data Protection – Covid-19 Litigation Project*, in 1(1-2-3) *LPPJ* 197 (2021).

⁹⁴ Anche su queste tematiche, le pronunce degli organi di giustizia costituzionale hanno alimentato un dibattito dottrinale particolarmente fecondo. A titolo puramente indicativo, e privilegiando i contributi che hanno adottato un approccio più comparatistico, possono menzionare, tra gli altri, S. Gambino (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; C. Drigo, *La grammatica giurisprudenziale dei diritti ai tempi della crisi. Le corti costituzionali nel gorgo della politica. Legittima ingerenza o influenza eccessiva sulla forma di governo? Alcune riflessioni sui casi portoghese e italiano*, in VV.AA., *Constitución e Integración Europea. Derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales*, Madrid, 2017, 273 ss.; B. Brancati, *Tra diritti sociali e crisi economica. Un equilibrio difficile per le corti costituzionali*, Pisa, 2018; S. Gambino, *Costituzione, integrazione europea e crisi economica: presente e futuro dei diritti sociali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2019, 57 ss.; L. Dell'Atti, *I diritti sociali alla prova della crisi, fra Costituzione e governance economica europea. Verso la fine della storia?*, in *dem sich.* 2, 2020, 13 ss.

che potremmo definire «mite»⁹⁵, e che corrisponde, in fondo, alla complessità delle situazioni con cui i giudici (tendenzialmente, tutti i giudici) sono confrontati, le quali assai difficilmente possono tradursi in un riconoscimento «unilaterale» della meritevolezza degli interessi coinvolti. E, chiaramente, più sono forti gli interessi che si contrappongono, più un contemperamento si impone, anche qualora, in astratto, si rintracci con ragionevole certezza una prevalenza. Emblematico, a tal riguardo, è l'ambito del diritto delle persone e della famiglia, in seno al quale gli organi di giustizia costituzionale sono chiamati con una frequenza considerevole a compiere scelte autenticamente tragiche. Proprio l'essenzialità degli interessi in gioco nelle varie situazioni che si presentano relativizza molto, ad esempio, la portata della prevalenza astrattamente riconosciuta all'interesse del minore mediante la centralità della tutela del *best interest of the child*. La vaghezza di quest'ultimo concetto, del resto, oggetto non a caso di rilievi critici in dottrina⁹⁶ e di interpretazioni assai variegata⁹⁷, non consente applicazioni che possano ambire alla generalità e astrattezza, richiedendo in ogni caso che il giudice si faccia carico di verificare quali siano le forme più efficaci di protezione del minore e fin dove tale protezione possa spingersi nel derogare al diritto positivo: la tematica che viene alla mente in maniera immediata, non fosse altro per l'attualità del dibattito in materia, concerne la protezione da accordare ai figli nati da maternità surrogata⁹⁸, ma molte altre problematiche potrebbero essere validamente evocate, ciò che, tuttavia, i limiti imposti alla presente trattazione non consentono che venga fatto in questa sede.

2.3.4 (Segue): la tragicità pienamente assunta

I bilanciamenti tra contrapposti interessi recano inevitabili difficoltà, in parallelo con il crescere dell'importanza della scelta da compiere. Trattando di scelte tragiche, è ovvio che le difficoltà siano palpabili, tanto che, come s'è detto, le corti hanno la tendenza a eludere attraverso vari percorsi, il più impegnativo dei quali è quello che si è registrato nel paragrafo che precede, e cioè l'accentuazione del carattere obbligato della scelta.

Quest'ultima «via di fuga», per così dire, è sì molto frequente, ma non

⁹⁵ Il richiamo è, ovviamente, a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

⁹⁶ V., in part., E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

⁹⁷ Per un'analisi comparativa dell'utilizzo del criterio del *best interests of the child*, cfr. V. Lorubbio, *The best interests of the child tra Europa e America Latina. Emersioni giurisprudenziali comparate*, Torino, 2021.

⁹⁸ Prescindendo *in toto* dalla dialettica in corso negli ultimi mesi circa la regolamentazione (e la possibile introduzione di un divieto generalizzato) della maternità surrogata, v., per un inquadramento comparatistico, J. Scherpe, C. Fenton, Glynn, T. Kaan (Eds), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge (UK), 2019. V. anche European Parliament – Directorate General for Internal Policies, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States. Study*, PE 474.403, 2013, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

è percorribile in qualunque occasione, giacché non sempre è possibile tratteggiare una prevalenza tra principi, diritti o esigenze, neppure in riferimento al caso specifico da decidere.

Il bilanciamento, quindi, non riesce a orientare l'organo giudicante incanalandolo verso una rima (più o meno) obbligata, in quanto il suo esito produce una situazione di parità, nel senso che non si danno elementi per privilegiare un elemento piuttosto che un'altro: non si danno né in astratto, cioè sostenendo che un principio o un diritto deve prevalere su uno che vi si contrappone (come può invece essere il caso di un diritto della personalità che prevale su un diritto economico); e neppure si danno in concreto, cioè stabilendo che, alla luce della specifica situazione presa in esame quel diritto prevale, date certe circostanze, su un altro⁹⁹.

La situazione di parità preclude il ricorso alla figura dell'obbligo fondato sulla disparità tra le situazioni giuridiche esaminate. E questo accresce in maniera esponenziale il tasso di tragicità della scelta da compiere, perché il giudice non può più procedere appellandosi all'interpretazione della costituzione da cui si trae la prevalenza di un diritto sull'altro, ma deve trarre, dalla propria lettura della situazione prospettatagli, indicazioni circa chi privilegiare e chi sacrificare tra soggetti portatori di interessi o diritti riconosciuti come paritari.

Si tratta, come è chiaro, di casi non particolarmente frequenti, ma che ben possono presentarsi, segnatamente quando i diversi soggetti coinvolti sono portatori del *medesimo* interesse o diritto. Potrebbero prospettarsi vari esempi, ma il paradigma è costituito, con ogni probabilità, da una decisione nella quale la tragicità della scelta, alimentata dall'identità del diritto invocabile dai soggetti (potenzialmente) coinvolti, veniva rafforzata dal tipo di diritto che era in gioco, capace di evocare il carattere tragico anche nell'accezione etimologica più drammatizzante, e cioè il diritto alla vita. Il riferimento va alla decisione cui è stato chiamato il *Bundesverfassungsgericht* in tema di pirateria aerea, del 2006. Il valore emblematico di tale pronuncia giustifica – così, almeno, si auspica – che su di essa ci si soffermi (anche se brevemente, comunque) più che sulle altre¹⁰⁰.

Il giudice costituzionale federale doveva pronunciarsi sulla

⁹⁹ Cfr., in proposito, quanto rilevato al paragrafo precedente, *in fine*.

¹⁰⁰ *Bundesverfassungsgericht*, decisione del Primo Senato del 15 febbraio 2006 - 1 BvR 357/05 - (BVerfGE 115, 118-166). La decisione è stata oggetto di un gran numero di analisi: per alcune ricostruzioni, v., in lingua italiana, V. Baldini, *Stato di prevenzione v/stato costituzionale di diritto: un nuovo capitolo di una storia infinita (A proposito di una decisione della Corte costituzionale federale tedesca sulla legge federale in materia di sicurezza dei voli)*, in *Jus*, 2-3, 2006; A. De Petris, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti – Cronache*, 20 marzo 2006; B. Hirsch, *Diritto all'uccisione di innocenti? La lotta sulla sicurezza aerea*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2009, 189 ss.; P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 188 ss.; M. Sánchez Da Fauce, *Il conflitto vita contro vita nel diritto penale*, in *Ricerche giuridiche*, 1, 2019, 28 ss.; in lingua inglese, v. O. Lepsius, *Human Dignity and the Downing of Aircrafts: The German Federal Court Strikes Down a Prominent Anti-terrorism Provision in the New Air-transport Security Act*, in *German L.J.* 761 (2006); S.M. Hufnagel, *German Perspectives on the Right to Life and Human Dignity in the "War on Terror"*, ANU College of Law Research Paper No. 08-18, in *Criminal L.J.*, 32, 2008.

costituzionalità di una disposizione legislativa che autorizzava le forze armate ad abbattere un aeromobile che fosse destinato a essere utilizzato a fini terroristici per provocare un incidente aereo imminente, alla condizione che l'abbattimento fosse – ragionevolmente – l'unica possibilità per escludere l'incidente stesso. Si chiedeva, dunque, di vagliare, in sede giurisdizionale, una scelta tragica che coinvolgeva, da un lato, le vite degli occupanti dell'aeromobile e, dall'altro, la vita di coloro i quali, esterni allo stesso, sarebbero stati coinvolti nell'atto terroristico (come accaduto agli occupanti delle Twin Towers l'11 settembre 2001).

Onde decidere sulla questione, il *Bundesverfassungsgericht* ha operato due diversi bilanciamenti. Il primo ha avuto riguardo alla vita dei membri dell'equipaggio e dei passeggeri estranei all'attività terroristica, cioè di persone poste nella situazione «disperata» di chi non può più influenzare le circostanze della propria vita in maniera autonoma e indipendente da altri¹⁰¹. Autorizzando l'abbattimento dell'aereo, i pubblici poteri, non solo sarebbero venuti meno al loro dovere di proteggere gli esseri umani, ma avrebbero trattato l'equipaggio e i passeggeri, cioè le prime vittime dell'attività anti-giuridica, alla stregua di un mezzo per salvare altre vite umane, potenzialmente incise dall'incidente aereo: si materializza, in questo, una lesione evidente dei loro diritti alla vita e alla dignità¹⁰². Anche a prescindere dall'alea, ineliminabile nella misura in cui non si sarebbe in ogni caso potuta fugare qualunque incertezza fattuale sulla dinamica della situazione (in termini di inveroamento dell'incidente e/o di rapporti tra gli occupanti dell'aeromobile)¹⁰³, la scelta tragica tra il diritto alla vita di persone incolpevoli sull'aereo e lo stesso diritto di persone parimenti incolpevoli a terra non veniva risolta dal *Bundesverfassungsgericht* facendo appello alla decisione politica e alla relativa (assunzione di) responsabilità di chi, in linea generale, aveva previsto la possibilità di dare questa autorizzazione e di chi, successivamente, avrebbe concretamente provveduto a darla: anziché eludere l'ostacolo, il giudice lo assumeva in pieno, ponendo alla base della *ratio decidendi* semplicemente i postulati dello stato di diritto e l'imperativo di matrice kantiana di non concedere mai la persona come un mezzo.

Una conferma indiretta della forza della presa di posizione sulla scelta tragica da operare è stata fornita dal secondo bilanciamento sviluppato dai giudici di Karlsruhe, che ha opposto il diritto alla vita delle persone a terra e quello degli attentatori. Ponendo l'ipotesi in cui un velivolo fosse occupato esclusivamente da soggetti che intendessero utilizzarlo come arma di offesa, il *Bundesverfassungsgericht* ha posto l'accento sul principio secondo cui chiunque attenti in maniera illecita a posizioni giuridiche legittime altrui chiama i pubblici poteri, in ragione del loro dovere di protezione, a difendersi contro tali attacchi e, per tale via, a evitare che altre vite incolpevoli siano messe a repentaglio. Adottando questa impostazione, non poteva quindi non accettarsi che il diritto alla vita di chi avesse commesso atti di pirateria aerea potesse essere sacrificato, senza che ciò comportasse una smagliatura nel tessuto costituzionale¹⁰⁴. Il sacrificio delle vite degli attentatori, in altri

¹⁰¹ *Bundesverfassungsgericht*, decisione del 15 febbraio 2006 cit., Rn. 123.

¹⁰² *Id.*, Rn. 124.

¹⁰³ *Id.*, Rn. 133.

¹⁰⁴ *Id.*, Rn. 141.

termini, doveva configurarsi come il risultato di un'azione ragionevole posta in essere a beneficio di altre vite: come dire che la condotta gravemente antiggiuridica dei terroristi riduceva sensibilmente il coefficiente di tragicità della scelta da operare, permettendo al giudice costituzionale (e, ancor prima, al legislatore) di tracciare una graduazione in termini di meritevolezza «soggettiva» di tutela del diritto alla vita.

La pronuncia appena ricordata ha un respiro che solo poche altre decisioni possono vantare. Non è però, solo per questo che si è ritenuto che meritasse uno spazio particolare: essa, infatti, mostra bene come il giudice costituzionale, quando lo ritenga necessario, non esiti a farsi carico di tutta la tragicità di una scelta da compiere, il che offre una lettura in positivo di tutte quelle tecniche e quegli strumenti per mezzo dei quali, nei rapporti tra giurisdizione e decisore politico, la prima tende a lasciare al secondo l'onere di determinarsi. Su questo punto specifico, di cruciale importanza, si dovrà ritornare in sede conclusiva¹⁰⁵.

3. Qualche (tentativo di) risposta alle domande di ricerca

L'analisi che è stata condotta sin qui, per quanto sicuramente molto lacunosa, se non puramente evocativa, sembra comunque offrire qualche spunto di riflessione forse non del tutto trascurabile, in riferimento alle due domande di ricerca formulate, concernenti, da un lato, la configurazione del sistema di giustizia costituzionale e, dall'altro, la posizione dell'organo di giustizia costituzionale nell'ordinamento. Di seguito si cercherà di esplicitare gli spunti ricavati a proposito di entrambe le tematiche.

3.1 Scelte potenzialmente tragiche su questioni etiche e sistema di giustizia costituzionale

Avendo riguardo ai rapporti tra scelte tragiche su questioni etiche e struttura dei sistemi di giustizia costituzionale, il dato che pare più di tutti da evidenziare ai presenti fini è che l'impatto della conformazione della garanzia giurisdizionale della costituzione è tangibile allorché si delineano i presupposti per la decisione e l'impianto decisorio, mentre tende a sfumare, fino a perdere rilevanza, quando si vadano a esaminare le tecniche argomentative e decisionali.

L'elemento forse di maggior evidenza, anche se non si tratta, con ogni probabilità, del più significativo, è quello che si è constatato a proposito dell'impianto decisorio¹⁰⁶. Si è, infatti, potuto sottolineare che, a seconda del tipo di controllo di costituzionalità, sono configurabili o meno determinate questioni, anche coinvolgenti scelte tragiche in contesti eticamente sensibili: a parte il caso del sindacato sull'omissione legislativa, infatti, i giudizi di tipo astratto implicano un preventivo intervento legislativo, mentre nel quadro dei giudizi concreti possono darsi anche questioni sulle quali l'organo di giustizia costituzionale sia chiamato a pronunciarsi in prima battuta.

Per quel che attiene, invece, ai presupposti della pronuncia, le

¹⁰⁵ Cfr. *infra*, par. 3.2.

¹⁰⁶ V. *supra*, par. 2.2.

caratteristiche dei vari sistemi sono risultate essenziali, sia con riguardo alla selezione – formalizzata o meno – dei casi, sia in riferimento agli strumenti di cui beneficiano le corti per sviluppare un dialogo con il legislatore e, magari, anche per imporlo¹⁰⁷.

Dal primo punto di vista, il poter «decidere di non decidere» senza dover dar conto del motivo alla base di questa determinazione apre un amplissimo varco dal quale esfiltrare tutte quelle scelte tragiche che non si intendano compiere o su cui non si intenda ancora prendere posizione, per le ragioni più diverse. Un tale privilegio, che connota fortemente la giustizia costituzionale statunitense, non si rintraccia là dove una garanzia giurisdizionale speciale della costituzione sia stata istituita, poiché, anche quando si siano introdotte parziali eccezioni al divieto di denegare giustizia, l'esistenza di un organo specificamente deputato alla garanzia della costituzione difficilmente potrebbe giustificare il rifiuto da parte dello stesso di intervenire sui casi più difficili. E anche le forme «oblique» (perché operate sotto mentite spoglie) di elusione del giudizio è molto probabile che ingenerino conseguenze negative, se non altro quando le motivazioni addotte risultano essere piuttosto capziose¹⁰⁸.

Dal punto di vista degli strumenti di dialogo tra corte e legislatore, l'efficacia delle pronunce che non abbiano effetti vincolanti immediati si presenta in forme assai variabili, ed è chiaro che, a seconda delle scelte che si facciano nel disegnare un sistema di giustizia costituzionale (almeno sotto il profilo degli effetti delle pronunce della corte), il dialogo in questione può tradursi come una sorta di imposizione della giurisdizione nei confronti del legislatore (è il caso delle pronunce di incostituzionalità a effetti differiti) ovvero, all'estremo opposto, come una tenue invocazione rivolta al legislatore, la cui «buona volontà» la corte auspica di poter spronare¹⁰⁹.

Nel tratteggiare le tecniche argomentativo-decisorie (così come, del resto, nel dar corpo alla *deferenza* nei confronti dell'opera del legislatore¹¹⁰), il sistema di giustizia costituzionale è finito sullo sfondo¹¹¹, giacché, allorché si tratti di addivenire a una scelta e di costruire la relativa motivazione, non si ha particolare riguardo a come la garanzia giurisdizionale della costituzione viene strutturata, ma si deve porre l'accento piuttosto su come essa venga concretamente esercitata dall'organo che ne ha la massima responsabilità. È dunque alla giurisprudenza delle singole corti che ci si deve rifare, con il che gli elementi che entrano in gioco sono molteplici, e non necessariamente legati avvie d'accesso, composizione, etc., cioè ai tratti caratterizzanti del sistema di giustizia costituzionale.

Tra gli elementi di struttura, semmai, si potrebbero invocare, più che le forme della garanzia, i limiti della garanzia stessa, dal momento che questi possono riverberarsi su l'iter argomentativo-decisionale e condizionare pesantemente. Due esempi consentono, forse, di chiarire il discorso.

Il primo riguarda la giustizia costituzionale statunitense e la definizione che, nel silenzio della Costituzione federale, è stata data del

¹⁰⁷ Cfr. *supra*, parr. 2.1. ss.

¹⁰⁸ V. *supra*, par. 2.1.1.

¹⁰⁹ V. *supra*, par. 2.1.3.

¹¹⁰ Cfr. *supra*, par. 2.1.2.

¹¹¹ Cfr. *supra*, parr. 2.3. ss.

controllo di costituzionalità, soprattutto nei *Federalist Papers*, in particolare quando si è collegato il primato della Costituzione rispetto alla legge al «*duty [...] to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void*»¹¹²: una tale accentuazione della *evidenza* del vizio come fondamento dell'incostituzionalità è stata confermata, del resto, dalla esemplificazione con cui il *Chief Justice* Marshall ha delucidato, nella sentenza *Marbury v. Madison*, la portata delle affermazioni relative al potere dei giudici di dichiarare l'invalidità delle leggi contrarie alla Costituzione¹¹³. L'evidenza del vizio di costituzionalità come elemento centrale del giudizio ha trovato un chiaro suffragio ancora nella *Footnote Four* della sentenza *Carolene* del 1938 («[t]here may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution»¹¹⁴), contribuendo così a dischiudere la porta alla gradazione del sindacato della Corte in relazione al tipo di invalidità denunciata, secondo uno schema che proprio nella celebre nota ha trovato la propria formalizzazione¹¹⁵. Ai presenti fini, quello che può rilevarsi è che, se l'evidenza del vizio di costituzionalità è una delle basi per dar luogo a uno *strict scrutiny*, difficilmente questo potrà essere attivato per una scelta tragica su una questione etica: nel corso della trattazione, infatti, si è cercato, a più riprese, di far emergere proprio la difficoltà di prendere posizione, il che renderebbe ossimorica un'argomentazione in termini di evidenza del vizio di costituzionalità, *ergo* di determinazione da assumere¹¹⁶.

Il secondo esempio, tra molti altri evidentemente, può essere tratto dall'art. 61-1 della Costituzione francese, come modificata a seguito della riforma del 2008, che ha introdotto il controllo di costituzionalità in via incidentale, limitandone la sfera di operatività alle denunce di disposizioni legislative per asserite «*atteintes[s] aux droits et libertés que la Constitution garantit*», con il che il *Conseil constitutionnel*, al netto di qualche limitata estensione in via interpretativa, in sede di controllo di costituzionalità *a posteriori* ha dovuto contenere il proprio parametro di costituzionalità, tendenzialmente escludendo, ad esempio, tutti i principi e le disposizioni concernenti l'organizzazione dei poteri¹¹⁷. Questa circoscrizione del parametro potrebbe tradursi nell'impossibilità per il *Conseil* di decidere su

¹¹² *The Federalist Papers: No. 78. The Judiciary Department* (Hamilton), https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp (enfasi aggiunta).

¹¹³ Cfr. *U.S. Supreme Court, Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in part. 178 ss.

¹¹⁴ *V. U.S. Supreme Court, United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), 152 (enfasi aggiunta).

¹¹⁵ Sull'importanza dell'enunciazione di questi criteri di giudizio, v. L.F. Powell, *Carolene Products Revisited*, in 82 *Column. L. Rev.* 1087 (1982); F. Gilman, *The Famous Footnote Four: A History of the Carolene Products Footnote*, in 46 *S. Tex. L. Rev.* 163 (2004).

¹¹⁶ Tutt'al più, quindi, lo *strict scrutiny* potrà essere adoperato per scelte tragiche concernenti questioni specifiche, come quelle inerenti ad atti normativi che incidono sulla partecipazione al processo politico o che operino discriminazioni nei confronti di minoranze «*discrete and insular*»: si tratta di ipotesi che ben possono prodursi, ovviamente, ma la cui frequenza è presumibile che non sia elevata.

¹¹⁷ Sul punto, v., nella dottrina italiana recente, M. Giacomini, *L'accesso incidentale in Italia e in Francia. Contributo all'analisi del controllo di costituzionalità*, Torino, 2022, spec. 53 ss.

talune scelte tragiche relative a questioni etiche, sebbene, almeno in astratto, l'aver estromesso soltanto ciò che non riguardi diritti e libertà renda difficile immaginare esclusioni che abbiano un'incidenza diretta sulle tematiche oggetto di queste pagine¹¹⁸. L'esempio vale, in ogni caso, come paradigma di ipotesi in cui la restrizione dei vizi denunciabili, degli oggetti denunciabili o dei parametri invocabili possa rappresentare un ostacolo al pieno dispiegamento del sindacato di costituzionalità.

Nei paragrafi precedenti si è ritenuto di non far cenno a queste tematiche, che pure potrebbero avere un qualche riflesso sulle scelte tragiche. Una siffatta elisione, che può forse apparire arbitraria, si auspica che possa essere giustificata dalla necessità di non estendere eccessivamente il raggio già sufficientemente ampio della presente indagine. I limiti intrinseci al sindacato di costituzionalità, le sue zone franche e le sue «zone d'ombra»¹¹⁹, con le annesse ripercussioni sulla portata concreta del carattere apicale della Costituzione nel sistema delle fonti, rappresentano una tematica troppo ricca e complessa per poter essere affrontata in maniera puramente incidentale; d'altro canto, un'analisi che non fosse stata di una superficialità estrema avrebbe finito per condurre la ricerca verso approdi anche assai lontani rispetto agli intendimenti iniziali. Non si potrà quindi andare oltre l'aver operato questi sommarissimi cenni e l'aver dato conto di un possibile ulteriore alveo di ricerca dal quale cogliere elementi ricostruttivi dell'atteggiamento delle corti nei confronti di scelte potenzialmente tragiche, anche in ambiti connotati da un punto di vista etico.

3.2 Scelte potenzialmente tragiche su questioni etiche e collocazione nell'ordinamento dell'organo di giustizia costituzionale

Dalle considerazioni che si sono svolte nel corso della trattazione, ma soprattutto dalla tassonomia volta a descrivere gli atteggiamenti che le corti hanno di fronte a scelte potenzialmente tragiche in ambiti eticamente sensibili, si sarebbe tentati di opinare nel senso che la frequenza con cui le corti eludono questo tipo di determinazioni è assai più elevata rispetto a quella delle decisioni in cui l'onere della scelta viene assunto. A fondamento di questa conclusione si potrebbe addurre il ventaglio di opzioni offerte alle corti per evitare di decidere e, soprattutto, la vasta gamma di strumenti di cui le corti si sono dotate per addivenire a questo risultato o, almeno, per minimizzare l'impatto della decisione¹²⁰.

Al di là delle impressioni, ciò che non può essere trascurato è che nessuna valutazione di ordine numerico è stata proposta, né, d'altra parte,

¹¹⁸ Peraltro, non può trascurarsi che, se tra le scelte tragiche è il caso di inserire anche quelle inerenti alla sfera economica, la tematica dell'organizzazione del potere può avere un peso non trascurabile.

¹¹⁹ L'espressione riprende quella invalsa nel dibattito italiano, soprattutto dopo i seminari i cui atti sono stati raccolti in R. Balduzzi, P. Costanzo (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007; R. Pinardi (cur.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006, Torino, 2007.

¹²⁰ Le tematiche sono state affrontate *supra*, soprattutto ai parr. 2.1. ss. e 2.3.1. s.

poteva esserlo. Non poteva esserlo perché l'analisi condotta si è sviluppata essenzialmente attraverso esemplificazioni, che miravano a delineare possibili approcci, ma non certo a suggerire evidenze statistiche; ma non poteva esserlo, soprattutto, perché neppure un'analisi ad ampio, se non amplissimo, spettro riuscirebbe a restituire dati quantitativi anche solo minimamente affidabili. Per farlo, si dovrebbe poter leggere, non solo quanto scritto nelle varie decisioni, ma anche tra le righe, per capire se quella certa corte abbia trovato, in quella determinata occasione, gli argomenti giusti per evitare di doversi confrontare con una scelta tragica, oppure se sia riuscita a esplicitare adeguatamente l'opzione opposta, e così via. Più in generale, niente può assicurare che quanto emerge dalla decisione corrisponda all'intento originario della corte, tanto più tenendo conto di tutti quei casi che risultano difficili da «registrare» perché connotati dalla circostanza che si sia fatto impiego dell'atteggiamento «riduzionista» della tragicità della scelta¹²¹. In buona sostanza, se da queste pagine ci si attendeva qualche risposta di ordine quantitativo, le aspettative non potevano che restare deluse, per la semplice ragione che mancavano in radice (o almeno mancavano allo scrivente) gli strumenti per rispondervi.

Questa carenza di base si ritiene che non infici in linea generale le tassonomie che si sono proposte, le quali mantengono comunque taluni elementi di un qualche interesse. Innanzi tutto, non può trascurarsi il fatto stesso che esistano e che si siano moltiplicati gli strumenti cui le corti fanno ricorso per evitare di operare scelte tragiche. In secondo luogo, gli strumenti sono molteplici anche per «banalizzarle», in un modo o nell'altro, la scelta, oscurando o anche solo sfocando il carattere tragico. In terzo luogo, quando la tragicità è ammessa, altri strumenti tendono a limitare la (sovrapposizione del giudicante, il quale – potremmo forse rilevare, non senza un pizzico di provocazione – tende a ridurre il suo ruolo a mero compilatore di un sillogismo giudiziale, una «bocca della legge», dove però la legge ha le fattezze inevitabilmente generali dei precetti costituzionali oppure quelle di vincoli derivanti da fonti esterne di matrice sovranazionale. Infine, la scelta tragica, in ogni caso, viene compiuta dal giudice perché spinto dalla necessità di valutare l'operato del legislatore, sia nel senso di verificare se il principio di costituzionalità abbia informato la scelta fatta da quest'ultimo sia nel senso di ovviare, proprio in nome del principio di costituzionalità, a un'inerzia degli organi politici che risulti giuridicamente intollerabile.

Tutte queste affermazioni confluiscono all'interno di un alveo segnato dall'esigenza per le corti, non tanto di eludere le scelte tragiche, quanto semmai di contenere il più possibile il potenziale di delegittimazione che una scelta tragica può portare (e che non di rado concretamente porta). In qualche caso i due obiettivi coincidono, ma non può trascurarsi che, salve ipotesi le quali, nel panorama comparatistico, sono abbastanza eccezionali¹²², una corte che rifiuta di decidere rischia per ciò stesso di delegittimare, a meno che non possa addurre ragioni valide per il rifiuto.

È innegabile che, in molte occasioni, il rifiuto del giudice di prendere posizione su una tematica, lasciando al legislatore il compito di farlo,

¹²¹ Cfr. quanto visto *supra*, par. 2.3.2.

¹²² Il riferimento più immediato è, ovviamente, alla selezione dei casi da parte della Corte suprema statunitense (cfr. *supra*, par. 2.1.1.).

ingenera l'idea di un tentativo riuscito di evitare rischi di delegittimazione; se è vero che non possono escludere situazioni di questo tipo, è anche vero che le molte pronunce in cui il giudice si assume questo compito – anche quando il coefficiente di tragicità della scelta e le implicazioni etiche sono massime – possono suggerire l'idea, ben diversa dalla precedente, che quando è davvero necessario intervenire, allora l'organo di giustizia costituzionale lo fa, mentre quando questa necessità non è avvertita, allora può permettersi di ritirarsi.

Sulla scorta di questi rilievi, pare di poter dire che, se la corte è posta di fronte a una scelta autenticamente tragica, l'*id quod plerumque accidit* non è forse il rifiuto, ma è, presumibilmente (anche se non ci si può appoggiare a valori quantitativi, per quanto si diceva), la ricerca di un fondamento di legittimazione.

Ora, la necessità di intervenire è, in sé e per sé, la più forte delle legittimazioni. E allora gli spunti che si sono proposti nel tratteggiare la tassonomia relativa al rifiuto di intervenire, ma soprattutto nel disegnare quella inerente all'*iter* argomentativo-decisorio, possono essere riguardati come un ventaglio di formule accomunate proprio dalla ricerca di un *quid pluris* di legittimazione, ora attraverso il richiamo al legislatore e la richiesta di un suo intervento, ora attraverso la lettura quanto più riduttiva possibile della tragicità della scelta. Alla base di tutto, però, resta pur sempre la legittimazione che all'organo giurisdizionale proviene dall'essere il garante o il garante supremo della costituzione, come tale custode dei principi che reggono la convivenza civile. In questa prospettiva, il concetto che si sta qui cercando di veicolare può essere esplicitato *per relationem*, rinviando a una delle sue più fulgide affermazioni, avutasi quando la Corte suprema federale statunitense, in piena seconda guerra mondiale, ritenne di dover difendere il diritto a non manifestare il proprio patriottismo attraverso il saluto alla bandiera e il giuramento di fedeltà: «The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections»¹²³.

L'affidarsi alla legittimazione formale discendente dalla collocazione dell'organo nel sistema può rivelarsi, tuttavia, rischioso, soprattutto in frangenti storici in cui il prestigio delle carte costituzionali sembra ergersi, in parallelo con l'emersione di crepe nell'adesione ai principi del costituzionalismo¹²⁴. Ecco, dunque, l'importanza degli strumenti di

¹²³ U.S. Supreme Court, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

¹²⁴ Sulla crisi del costituzionalismo e sulle trasformazioni che stanno segnando le democrazie costituzionali negli ultimi anni, v. T. Groppi, *Meno Peggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020, nonché la III sezione monografica su *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3863 ss., e la sezione monografica su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2, 2022. Con riferimento al concetto di «constitutional retrogression», v. J.C. Jeffries Jr., D.J. Levinson, *The Non-Retrogression*

legittimazione di cui si parlava in precedenza, ma anche la consapevolezza che neppure avvalendosi di essi la partita può dirsi chiusa.

Se, infatti, tutte le accortezze non sono risultate sufficienti a disinnescare il potenziale fortemente delegittimante che è proprio di una qualunque decisione che sacrifichi diritti e interessi costituzionalmente meritevoli di tutela (sia pure in nome di altri), allora non resta all'organo giurisdizionale che proporre una soluzione che possa essere condivisa e che affondi le proprie radici su un'argomentazione che possa essere «convincente». In fondo, questo dovrebbe essere, a un tempo, il *proprium* dell'ufficio di giudice e la funzione della motivazione. Di fronte a scelte tragiche, oltretutto su questioni eticamente sensibili, questa dinamica è, inevitabilmente, più delicata, perché la corte è più esposta a critiche la cui veemenza è suscettibile di misurarsi alla luce dell'importanza delle questioni affrontate.

Nulla di particolarmente nuovo, dunque, se non fosse che a essere cambiate sono le società in cui gli organi di giustizia costituzionale operano, e ciò non solo per quanto si accennava in merito alla sovente tiepida adesione al costituzionalismo che va manifestandosi. Le società di oggi sono, effettivamente, società dell'informazione in cui non sono più proponibili le vecchie massime sulla cui base «la corte parla attraverso le sentenze» e «la motivazione legittima l'operato del giudice»: perché la scelta tragica compiuta non si traduca in una possente macchina di delegittimazione, è necessario che la corte che rende la decisione sia in grado di veicolare il significato presso l'opinione pubblica, senza affidarsi a intermediari che possono rivelarsi non idonei, alla luce di un contesto comunicativo in cui la pluralità delle voci è incontrollabile e l'argomento dell'*auctoritas* è sovente sovrastato dalle tecniche di captazione dell'attenzione. In altri termini, è indispensabile che l'organo di giustizia costituzionale sia un attore del processo comunicativo, possibilmente tanto efficace da riuscire a raggiungere la platea indeterminata che forma l'opinione pubblica. Ma di fronte a questa constatazione conviene fermarsi, perché si dovrebbe, a questo punto, aprire un nuovo fronte di ricerca, troppo ampio per essere qui affrontato, corrispondente a quello dei rapporti tra funzione giurisdizionale (e giustizia costituzionale, in particolare) e comunicazione istituzionale, un fronte di ricerca di estrema importanza, che in questi anni sta conoscendo, non a caso, un crescente interesse¹²⁵.

Paolo Passaglia
Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
paolo.passaglia@unipi.it

Principle in Constitutional Law, in 86(6) *Cal. L. Rev.* 1211 (1998); A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in 65 *UCLA L. Rev.* 78 (2018).

¹²⁵ Per qualche accenno, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *Institutional Communication as a Means to Strengthen the Legitimacy of Constitutional Courts*, in P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (Eds), *Judicial Power in a Globalized World*, Heidelberg, 2019, 359 ss. V. ora A. Sperti, *Constitutional Courts Speak Their Voice. Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice*, in 1 *Italian Rev. Int'l & Compar. L.* 224 (2021), e soprattutto Ead., *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, London, 2023.