



# 3.<sup>a</sup> CONFERÊNCIA QUADRILATERAL

LISBOA - PORTUGAL  
10 A 12 DE OUTUBRO DE 2019

PORTUGAL · ESPANHA · FRANÇA · ITÁLIA

Textos das Intervenções das Delegações

*A Justiça constitucional  
face aos desenvolvimentos tecnológicos*

## [sessões de trabalho]

**9h30** **DISCURSOS DE ABERTURA** | Palavras de boas-vindas e introdução ao tema da conferência pelo Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, Manuel da Costa Andrade. Palavras de resposta dos Presidentes do Tribunal Constitucional de Espanha, do Conselho Constitucional de França e do Tribunal Constitucional de Itália.

### **10h15** SESSÃO 1 EXPERIENCIA DOUTRINAL

Parte 1

**Andrés Ollero Tassara** | **Tribunal Constitucional de Espanha**

*Doctrina Constitucional sobre genética, individuo y familia*

**Michel Pinault** | **Conselho Constitucional de França**

*La fin de vie*

### **11h00** COFFEE BREAK

**11h20** Parte 2

**Nicolò Zanon** | **Tribunal Constitucional de Itália**

*Privacy e trasparenza in conflitto: il caso della pubblicazione on line dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti della pubblica amministrazione*

**Mariana Canotilho** | **Tribunal Constitucional de Portugal**

*Direito Público e Sociedade Técnica: desafios para a jurisprudência constitucional do século XXI*

**12h05** DEBATE

### **13h00** ALMOÇO

### **14h30** SESSÃO 2 EXPERIÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

**Juan Antonio Xiol Ríos** | **Tribunal Constitucional de Espanha**

*La protección de datos como garantía frente a los abusos del poder. Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo*

**Corinne Luquiens** | **Conselho Constitucional de França**

*Le conseil constitutionnel et la protection des données personnelles*

**Luca Antonini** | **Tribunal Constitucional de Itália**

*I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso*

**Pedro Machete** | **Tribunal Constitucional de Portugal**

*Apresentação do Acórdão n.º 225/18 - Gestão de substituição*

**15h45** DEBATE

**16h45** FIM DA SESSÃO

**17h00** TROCA DE PRESENTES

**17h30** ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS

# SESSÕES DE TRABALHO

SESSÃO 1  
EXPERIENCIA DOUTRINAL

## **Privacy e trasparenza in conflitto: il caso della pubblicazione on line dei dati reddituali e patrimoniali dei dirigenti della pubblica amministrazione**

Nicolò Zanon, giudice della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Il cammino della legislazione italiana verso la trasparenza intesa come accessibilità totale alle informazioni detenute dalle pubbliche amministrazioni – 3. Il diritto alla protezione dei dati personali e il suo potenziale contrasto con le esigenze di trasparenza – 4. La sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale

1. In Italia, al livello della giustizia costituzionale, il potenziale conflitto tra due principi o diritti, privacy individuale e trasparenza (quest'ultima intesa anche come esigenza di controllo sociale sull'operato dei pubblici poteri), si è manifestato in modo netto in occasione della decisione di alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate da un tribunale amministrativo (il TAR del Lazio) su disposizioni del d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. "codice della trasparenza amministrativa"), contenenti una normativa espressamente volta a disciplinare gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni di carattere reddituale e patrimoniale relative a dirigenti della pubblica amministrazione. Risolto dalla sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale, il caso merita qualche parola introduttiva

2. È noto che le modalità attraverso cui un sistema giuridico può scegliere di rendere conoscibili le informazioni (di interesse pubblico in mano alle pubbliche amministrazioni) sono fondamentalmente due:

- a) un regime di "accessibilità", nel quale i dati in questione non sono pubblici, ma sono acquisibili da parte di determinati soggetti, portatori di interessi specifici e differenziati e attraverso particolari procedure, fondate sulla richiesta di accesso e sull'accoglimento o diniego dell'istanza da parte dell'amministrazione.
- b) un regime di "disponibilità", in base al quale tutti i dati in possesso della pubblica amministrazione, salvo quelli espressamente esclusi dalla legge, devono essere obbligatoriamente resi pubblici e, dunque, messi a disposizione della generalità dei cittadini, affinché tutti possano esercitare forme di "controllo sociale" sulle attività di interesse pubblico e generale.

L'ordinamento giuridico italiano ha adottato soluzioni che hanno progressivamente condotto la legislazione di settore dai sistemi del primo tipo a quelli maggiormente aperti all'accessibilità generalizzata.

A fronte di un regime che per lunghissimo tempo è stato caratterizzato dal prevalere del "segreto" sull'attività amministrativa, la prima apertura si è avuta con la legge n. 241 del 1990, che ha disciplinato il diritto di accesso ai documenti amministrativi, come fondamentale strumento di conoscenza, finalizzata alla tutela individuale dell'interessato contro atti e provvedimenti della pubblica amministrazione che incidono sulla sua sfera soggettiva.

Per espressa previsione normativa, non vengono però consentite istanze di accesso «preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni».

Appare evidente, dunque, che, nella fase iniziale, il diritto di accesso ai documenti amministrativi si caratterizza soprattutto come strumento di tutela di situazioni giuridiche soggettive, contraddistinguendosi come “need to know” – necessario al soddisfacimento di interessi e bisogni particolari e qualificati dell’interessato – nell’ambito di un procedimento avviato da una pubblica amministrazione.

Solo con il d.lgs. n. 150 del 2009, il legislatore italiano comincia ad occuparsi di trasparenza, definendola come «accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche», delle informazioni concernenti ogni aspetto dell’organizzazione, dell’utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, e dei risultati dell’attività amministrativa.

Comincia a delinearsi una trasparenza orientata verso il concetto di open data, funzionale alla realizzazione dell’open government, consistente nella partecipazione attiva e collaborativa dei cittadini alle scelte amministrative, realizzando «forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità».

In tale provvedimento, tuttavia, la finalità della trasparenza resta, nella sostanza, strumentale alla valutazione e misurazione della performance individuale e organizzativa della pubblica amministrazione e al miglioramento dei servizi resi ai cittadini, sebbene sia evidente il mutamento “epocale” di prospettiva.

L’impostazione è ripresa successivamente dalla legge n. 190 del 2012, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione», in attuazione dell’art. 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

La trasparenza amministrativa viene letta, ora, in una nuova e potenzialmente diversa prospettiva: attraverso la conoscibilità totale dei documenti amministrativi, la trasparenza viene elevata al rango di strumento di prevenzione della corruzione.

La cosiddetta “legge anticorruzione”, tuttavia – affacciandosi possibili tensioni tra le esigenze di trasparenza, declinata nelle forme della «accessibilità totale», e quelle di tutela della riservatezza delle persone – stabilisce limiti generali alla pubblicazione delle informazioni, che deve infatti avvenire «nel rispetto delle disposizioni in materia [...] di protezione dei dati personali», e delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità.

La delega viene stata esercitata con l’approvazione del d.lgs. n. 33 del 2013, il cui art. 1 – emblematicamente rubricato «Principio generale di trasparenza» - conferma il modello tendenziale imperniato sull’accessibilità totale alle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, ma sempre con la garanzia della protezione dei dati personali, allo scopo, ora, di «favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche».

Il decreto legislativo n. 33 del 2013, peraltro, disciplina per la prima volta l’istituto dell’accesso civico (c.d. accesso civico “semplice”), attraverso il quale «chiunque» ha il diritto di richiedere alle pubbliche amministrazioni «documenti, informazioni o dati» la cui pubblicazione obbligatoria, prevista dalla normativa vigente, sia stata omessa.

Tuttavia, anche in tal modo, il passaggio dal “need to know” al “right to know” restava alquanto affievolito e ben lontano dalle esperienze straniere più avanzate, che, pur nei casi in cui contemplano specifici obblighi di pubblicazione (c.d. proactive disclosure), prevedono poi spazi e possibilità di accesso molto più pervasive, che permettono all’interessato di richiedere qualsiasi documento, dato o informazione non riservata (cd. reactive disclosure) a disposizione della pubblica amministrazione.

Si giunge, per questo, all’approvazione del decreto legislativo n. 97 del 2016, ove, pur ribadendosi che la trasparenza è intesa come «accessibilità totale», il legislatore muta il riferimento alle «informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni», sostituendolo con quello ai «dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni».

Inoltre, il decreto in esame estende ulteriormente gli scopi perseguiti attraverso il principio di trasparenza, aggiungendovi la finalità di «tutelare i diritti dei cittadini» e «promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa».

Il legislatore, inoltre, sottolinea che la trasparenza concorre ad attuare «il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione». Aggiunge che la trasparenza «è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali» e, quindi, «integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino».

All'originario accesso civico introdotto nel 2013 si aggiunge un'ulteriore e più incisivo istituto.

Infatti, il legislatore italiano, mutuando dalle esperienze scandinave e anglosassoni il modello rappresentato dai Freedom of information acts (Foia), introduce – sia pur con molti limiti e adattamenti peculiari – un'inedita concezione di trasparenza legata alla possibilità di accedere, a certe condizioni, ai documenti, dati e informazioni in possesso della pubblica amministrazione.

Viene introdotto, quindi, l'accesso civico c.d. “generalizzato”, attraverso cui «chiunque» ha diritto di accedere «ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione» ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2013, con lo scopo di favorire (ancora) «forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», nonché di promuovere «la partecipazione al dibattito pubblico».

In breve, alla trasparenza di tipo “proattivo”, ossia realizzata mediante la pubblicazione obbligatoria sui siti web di determinati enti dei dati e delle notizie indicati dalla legge, viene ad aggiungersi una trasparenza di tipo “reattivo”, cioè in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati.

Il legislatore italiano ha cercato di uniformarsi ai modelli delle democrazie liberali, incentrati sul sistema del FOIA, che rappresenta un paradigma volto a perseguire tre obiettivi: accountability, participation e legitimacy.

In questa prospettiva, il diritto di conoscere è dunque preposto a consentire un controllo diffuso dell'operato amministrativo, al fine di prevenire fenomeni di corruzione, a garantire una consapevole partecipazione dei cittadini alle scelte di politica pubblica, a rinsaldare la legittimazione della pubblica amministrazione.

3. Questo breve excursus sull'evoluzione normativa italiana in tema di trasparenza è utile a comprendere in che senso le scelte legislative hanno determinato una potenziale lesione delle esigenze di privacy individuale.

Come si vedrà meglio, queste ultime esigenze sono alla base delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio proprio su alcune disposizioni del codice della trasparenza amministrativa.

In seguito alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 97 del 2016, alcune disposizioni di legge avevano infatti esteso a tutti i dirigenti della pubblica amministrazione – si tratta di oltre 140.000 persone! – gli obblighi di pubblicazione di dati informazioni (di carattere reddituale e patrimoniale) già previsti, in origine, per i titolari di incarichi politici.

Lo scopo dichiaratamente perseguito dal legislatore è quello di contrastare, anche per questa via, il fenomeno della corruzione, la cui percezione (da intendersi anche come carenza di trasparenza), secondo classifiche stilate da organizzazioni internazionali indipendenti, sarebbe in Italia tra le più elevate al mondo.

Per quanto qui di specifico interesse, nei confronti di questo ampio contingente di funzionari pubblici, la legge aveva previsto la pubblicazione sui siti web istituzionali degli enti di appartenenza della seguente documentazione: a) i compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica e gli importi di viaggi

di servizio e missioni pagati con fondi pubblici; b) una dichiarazione contenente l'indicazione dettagliata dei diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, delle azioni di società e delle quote di partecipazione a società; c) la copia dell'ultima dichiarazione dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche. L'obbligo veniva esteso, previa prestazione di consenso, al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado e, in caso di negato consenso, di tale circostanza veniva prevista la puntuale propalazione on line.

Come è evidente, la legge opera in tal caso su un terreno nel quale risultano in connessione – e talvolta anche in visibile tensione – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione italiana che dal diritto europeo, primario e derivato.

Da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all'intangibilità della sfera privata, che attiene alla tutela della vita degli individui nei suoi molteplici aspetti. Si tratta di un diritto che, pur non testualmente previsto, trova riferimenti nella Costituzione italiana (artt. 2, 14, 15 Cost.) e che incontra specifica protezione in numerose norme europee e convenzionali.

Nell'epoca attuale, esso si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e si giova, a sua protezione, dei canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali.

Sono, questi, i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in virtù dei quali deroghe e limitazioni alla tutela della riservatezza di quei dati devono operare nei limiti dello stretto necessario, essendo indispensabile identificare le misure che incidano nella minor misura possibile sul diritto fondamentale, pur contribuendo al raggiungimento dei legittimi obiettivi sottesi alla raccolta e al trattamento dei dati.

Dall'altra parte, con eguale rilievo, si pongono i principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale corollario del principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti della vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento dell'amministrazione e, per la parte che qui specificamente interessa, ai dati che essa possiede e controlla. Sono principi che, nella legislazione interna, tendono ormai – come appunto illustrato in precedenza – a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, anche nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione.

Nel diritto europeo, la medesima ispirazione ha condotto il Trattato di Lisbona a inserire il diritto di accedere ai documenti in possesso delle autorità europee tra le «Disposizioni di applicazione generale» del Trattato sul funzionamento dell'Unione, imponendo di considerare il diritto di accesso ad essi quale principio generale del diritto europeo (art.

15, paragrafo 3, primo comma, TFUE e art. 42 CDFUE).

I diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni; dall'altro, proprio in quell'ambito, la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare.

Tuttavia, come è intuitivo, un conto è discutere di trasparenza in relazione all' "agire amministrativo"; altro conto è valutare i limiti alla trasparenza (o pubblicità) in relazione a dati e informazioni, anche di naturale personale, relativi agli individui che compongono l'amministrazione.

In un ambito del genere, è intuitivo il possibile conflitto tra le esigenze di trasparenza e informazione, da una parte, e, dall'altra, i diritti delle persone che agiscono all'interno dell'amministrazione.

La scelta del legislatore di spostare progressivamente il baricentro della trasparenza dal diritto di accesso verso la pubblicità on line, costruendo un obbligo di pubblicazione orientato verso l'accessibilità totale, rischia di porsi in antitesi rispetto alle esigenze di tutela della riservatezza dei dati contenuti nei documenti e nelle informazioni detenuti dalle amministrazioni.

La trasparenza delle informazioni, e di quelle soprattutto pubblicate in rete, chiama in causa, infatti, anche le persone, ed è intuitivo che non tutte le notizie che riguardano le persone coinvolte sono necessarie a soddisfare il bisogno della collettività di sapere come la macchina burocratica operi; sussistono, inoltre, categorie di informazioni che dovrebbero in ogni caso essere protette, poiché concernono strettamente, appunto, la sfera personale degli individui.

Nell'equilibrio tra conoscenza (dell'attività) e riservatezza (delle persone) deve essere evitata l'ostensione di dati personali inutili a fini di trasparenza, ma che abbiano implicazioni afflittive sulla dignità degli interessati.

4. In tale contesto, accade, allora, che alcuni dirigenti dell'ufficio del Garante per la protezione dei dati personali impugnano innanzi al giudice amministrativo il provvedimento con il quale vengono invitati a fornire la documentazione, reddituale e patrimoniale, oggetto di pubblicazione obbligatoria sul sito web dell'Autorità.

Il giudice amministrativo, in accoglimento delle richieste dei ricorrenti, solleva varie questioni di legittimità costituzionale, evocando diversi parametri costituzionali ed europei.

Innanzitutto l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento ai principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, tutelati: dagli artt. 7, 8 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE); dall'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); dall'art. 5 della Convenzione di Strasburgo del 28 gennaio 1981, n. 108 ratificata con la legge 21 febbraio 1989, n. 98 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981); dagli artt. 6, par. 1, lettera c), 7, par. 1, lettere c) ed e) e 8, par. 1 e 4, della Direttiva 1995/46/CE del 24 ottobre 1995 (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati).

Va ricordato, per completezza, che la protezione accordata ai dati personali è stata resa maggiormente concreta attraverso l'approvazione del Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 n. 679 (regolamento generale sulla protezione dei dati) che, entrato ufficialmente in vigore il 24 maggio 2016, ha trovato diretta applicazione negli Stati membri UE a decorrere dalla data del 25 maggio 2018

(successivamente alla sollevazione delle questioni di costituzionalità di cui si discute).

Il giudice amministrativo evoca, poi, l'art. 3 della Costituzione:

- a) per contrasto con il principio di uguaglianza, vista l'ingiustificata equiparazione normativa dei dirigenti pubblici con i titolari di incarichi politici, e l'assenza di qualsiasi differenziazione tra le stesse figure dirigenziali;
- b) per irragionevolezza della disciplina, atteso il carattere sproporzionato degli obblighi di pubblicazione rispetto alle finalità sottese alla normativa sulla trasparenza amministrativa.

Infine, chiama in campo gli articoli 2 e 13 Cost., che tutelano i diritti inviolabili dell'uomo e la libertà personale.

La Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 20 del 2019, ha accolto in larga parte le questioni sollevate dal giudice amministrativo.

Essa ha osservato, in primo luogo, che, nella versione originaria, le disposizioni censurate già imponevano alle amministrazioni interessate la pubblicazione di una serie di documenti e informazioni, con riferimento, però, solo ai titolari di incarichi politici di livello statale, regionale e locale.



Tra tali documenti rientravano anche i dati relativi ai compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica e quelli relativi agli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici, una dichiarazione concernente i diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, le azioni di società, le quote di partecipazione a società e l'esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società, nonché la copia dell'ultima dichiarazione dei redditi soggetti all'imposta sui redditi delle persone fisiche, con obblighi estesi al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi abbiano consentito e salva la necessità di dare evidenza al mancato consenso.

I destinatari originari di questi obblighi di trasparenza sono titolari di incarichi che trovano la loro giustificazione ultima nel consenso popolare, ciò che spiega la ratio di tali obblighi: consentire ai cittadini di verificare se i componenti degli organi di rappresentanza politica e di governo di livello statale, regionale e locale, a partire dal momento dell'assunzione della carica, beneficino di incrementi reddituali e patrimoniali, anche per il tramite del coniuge o dei parenti stretti, e se tali incrementi siano coerenti rispetto alle remunerazioni percepite per i vari incarichi.

La riforma introdotta dal d.lgs. n. 97 del 2016 estende, come detto, gli obblighi di pubblicazione ricordati, per quanto qui interessa, ai funzionari pubblici titolari di incarichi dirigenziali a qualsiasi titolo conferiti.

In tal modo, la totalità della dirigenza pubblica italiana è stata attratta nell'orbita dei pregnanti doveri di trasparenza, originariamente riferiti ai soli titolari di incarichi di natura politica.

La Corte costituzionale riconosce che, in nome di rilevanti obiettivi di trasparenza dell'esercizio delle funzioni pubbliche, e in vista della trasformazione della pubblica amministrazione in una "casa di vetro", il legislatore ben può apprestare strumenti di libero accesso di chiunque alle pertinenti informazioni.

Osserva, però, che il perseguimento di tali finalità deve avvenire attraverso la previsione di obblighi di pubblicità di dati e informazioni, la cui conoscenza sia ragionevolmente ed effettivamente connessa all'esercizio di un controllo, sia sul corretto perseguimento delle funzioni istituzionali, sia sul corretto impiego delle risorse pubbliche.

In questa prospettiva, allora, appaiono giustificati gli obblighi di pubblicazione dei compensi di qualsiasi natura connessi all'assunzione della carica, nonché degli importi di viaggi di servizio e missioni pagati con fondi pubblici. Ciò serve ad agevolare la possibilità di un controllo diffuso, da parte degli stessi destinatari delle prestazioni e dei servizi erogati dall'amministrazione, delle modalità d'impiego delle risorse pubbliche. Permette altresì una valutazione sulla congruità – rispetto ai risultati raggiunti e ai servizi offerti – delle somme di denaro destinate alla remunerazione dei soggetti responsabili, a ogni livello, del buon andamento della pubblica amministrazione.

A diverse conclusioni la Corte costituzionale giunge, invece, con riferimento agli obblighi di pubblicazione – imposti, senza alcuna distinzione, a carico di tutti i titolari di incarichi dirigenziali – di dichiarazioni e attestazioni contenenti dati reddituali e patrimoniali (propri e dei più stretti congiunti), ulteriori rispetto alle informazioni relative alle retribuzioni e ai compensi connessi alla prestazione dirigenziale.

Si tratta, in primo luogo, di dati che non necessariamente risultano in diretta connessione con l'espletamento dell'incarico affidato. Essi offrono, piuttosto, un'analitica rappresentazione della situazione economica personale dei soggetti interessati e dei loro più stretti familiari, senza che, a giustificazione di questi obblighi di trasparenza, possa essere sempre invocata, come invece avviene per i titolari di incarichi politici, la necessità o l'opportunità di rendere conto ai cittadini di ogni aspetto della propria condizione economica e sociale, allo scopo di mantenere saldo, durante l'espletamento del mandato, il rapporto di fiducia che alimenta il consenso popolare.

Secondo la Corte costituzionale italiana, la conoscenza indiscriminata di questo ampio ventaglio di informazioni e dati personali di natura reddituale e patrimoniale contenuti nella documentazione oggetto di pubblicazione non appare né necessaria né proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla legislazione sulla trasparenza, in primo luogo quella di contrasto alla corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione.

La norma impone(va) la pubblicazione on line di una massa notevolissima di dati personali, considerata la platea dei destinatari: circa centoquarantamila interessati (senza considerare coniugi e parenti entro il secondo grado), sicché è apparso evidente il rischio di frustrazione delle stesse esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, poste a base della normativa sulla trasparenza.

La pubblicazione in rete di quantità così massicce di dati, infatti, non agevola affatto la ricerca di quelli più significativi a determinati fini (nel nostro caso particolare, ai fini di informazione veritiera, anche a scopi anticorrittivi) se non siano utilizzati efficaci strumenti di elaborazione, che non è ragionevole supporre siano a disposizione dei singoli cittadini.

Sotto questo profilo, la disposizione in esame finiva per risultare in contrasto con il principio sempre seguito dalla giurisprudenza costituzionale italiana e secondo il quale, nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango.

Nel caso in esame, alla compressione – indiscutibile – del diritto alla protezione dei dati personali non corrispondeva, già a un primo sguardo, un paragonabile incremento né della tutela del contrapposto diritto dei cittadini ad essere correttamente informati, né dell'interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei fenomeni di corruzione.

Tutt'al contrario, il rischio era proprio quello di generare “opacità per confusione”, proprio per l'irragionevole mancata selezione, a monte, delle informazioni più idonee al perseguimento dei legittimi obiettivi perseguiti.

Rilievo cruciale, peraltro, hanno rivestito nel giudizio di costituzionalità le modalità attraverso le quali le ricordate finalità della normativa sulla trasparenza vengono perseguite.

In base alle disposizioni generali del d.lgs. n. 33 del 2013, le pubbliche amministrazioni procedono all'inserimento, nei propri siti on line istituzionali (in un'apposita sezione denominata «Amministrazione trasparente»), dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto degli obblighi di pubblicazione, cui corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente e immediatamente, senza autenticazione né identificazione.

Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli.

Le amministrazioni, inoltre, non possono disporre filtri e altre soluzioni tecniche atte ad impedire ai motori di ricerca web di indicizzare ed effettuare ricerche all'interno della sezione «Amministrazione trasparente».

Gli obblighi di pubblicazione dei dati personali “comuni”, diversi dai dati sensibili e dai dati giudiziari (questi ultimi, come tali, sottratti agli obblighi di pubblicazione), comportano perciò la loro diffusione attraverso siti istituzionali, nonché il loro trattamento secondo modalità che ne consentono la indicizzazione e la rintracciabilità tramite i motori di ricerca web, e anche il loro riutilizzo.

Proprio queste peculiari modalità di pubblicazione imposte dal d.lgs. n. 33 del 2013 aggravano, secondo la Corte costituzionale italiana, il carattere, già in sé sproporzionato, dell'obbligo di pubblicare i dati di cui si discute, in quanto posto a carico della totalità dei dirigenti pubblici.

Afferma la sentenza n. 20 del 2019 che l'indicizzazione e la libera rintracciabilità sul web, con l'ausilio di comuni motori di ricerca, dei dati personali pubblicati, non è coerente al fine di favorire la corretta conoscenza della condotta della pubblica dirigenza e delle modalità di utilizzo delle risorse pubbliche. Tali forme di pubblicità rischiano piuttosto di consentire il reperimento “casuale” di dati personali, stimolando altresì forme di ricerca ispirate unicamente dall'esigenza di soddisfare mere curiosità.

È noto, infatti, che, non appena si verifichi una fuoriuscita di dati dalla sezione “amministrazione trasparente” dei siti istituzionali per transitare negli spazi del web, questi saranno riordinati secondo (i più)

vari criteri (neppure conoscibili ex ante) da parte di tutti gli altri motori di ricerca: ciò comporta, di conseguenza, un'oggettiva impossibilità per le amministrazioni di verificare la veridicità e la correttezza delle informazioni circolanti, il loro aggiornamento, e più in generale, di governare proprio tale traffico di flussi di dati dall'interno (le sezioni dei propri siti web) all'esterno (gli infiniti luoghi della rete internet).

Si tratta di un rischio evidenziato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Alla luce dello sviluppo della tecnologia informatica e dell'ampliamento delle possibilità di trattamento dei dati personali dovuto all'automatizzazione, la Corte EDU si è soffermata sulla stretta relazione esistente tra tutela della vita privata (art. 8 CEDU) e protezione dei dati personali, interpretando anche quest'ultima come tutela dell'autonomia personale da ingerenze eccessive da parte di soggetti privati e pubblici (Corte EDU, Grande camera, sentenze 16 febbraio 2000, Amann contro Svizzera, e 6 aprile 2010, Flinkkilä e altri contro Finlandia).

In una significativa pronuncia (sentenza 8 novembre 2016, Magyar contro Ungheria), la Grande camera della Corte EDU ha osservato come l'interesse sotteso all'accesso a dati personali per fini di interesse pubblico non può essere ridotto alla "sete di informazioni" sulla vita privata degli altri («The public interest cannot be reduced to the public's thirst for information about the private life of others, or to an audience's wish for sensationalism or even voyeurism»: § 162).

Per parte sua, in materia di trasparenza amministrativa, anche la Corte di giustizia UE ha ripetutamente statuito che «le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l'interesse dell'Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta». Dunque, «non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell'obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali».

La Corte costituzionale italiana, peraltro, evidenzia che le disposizioni censurate non superano il test di proporzionalità neppure sotto il profilo della necessaria scelta della misura meno restrittiva dei diritti fondamentali coinvolti.

Essa osserva che esistono senz'altro soluzioni alternative a quella privilegiata dal legislatore, tante quanti sono i modelli e le tecniche immaginabili per bilanciare adeguatamente le contrapposte esigenze di riservatezza e trasparenza, entrambe degne di adeguata valorizzazione, ma nessuna delle due passibile di eccessiva compressione.

Alcune di tali soluzioni sono state preferite in altri ordinamenti europei: ad esempio, la pre-definizione di soglie reddituali il cui superamento sia condizione necessaria per far scattare l'obbligo di pubblicazione; la diffusione di dati coperti dall'anonimato; la pubblicazione in forma nominativa di informazioni secondo scaglioni; il semplice deposito delle dichiarazioni personali presso l'autorità di controllo competente.

Non spettava, ovviamente, alla Corte costituzionale indicare la (diversa) soluzione più idonea a bilanciare i diritti antagonisti, rientrando la scelta dello strumento ritenuto più adeguato nella ampia discrezionalità del legislatore.

Tuttavia, essa ha rilevato – in attesa di una revisione complessiva della disciplina – che vi era una manifesta sproporzione del congegno normativo approntato rispetto al perseguimento dei fini legittimamente perseguiti, almeno ove applicato, senza alcuna differenziazione, alla totalità dei titolari d'incarichi dirigenziali.

La disposizione censurata d'illegittimità costituzionale, infatti, non operava alcuna distinzione all'interno della categoria dei dirigenti amministrativi, vincolandoli tutti all'obbligo di pubblicazione dei dati indicati. Il legislatore non prevedeva, in sostanza, alcuna differenziazione in ordine al livello di potere decisionale o gestionale attribuito al singolo dirigente. Eppure, è manifesto che tale livello non può che influenzare, sia la gravità del rischio corruttivo – che la disposizione stessa, come si presuppone, intende scongiurare – sia le conseguenti necessità di trasparenza e informazione.

Proprio la mancanza di qualsivoglia differenziazione tra dirigenti è risultata in contrasto, ad un tempo, con il principio di eguaglianza e, di nuovo, con il principio di proporzionalità, che dovrebbe guidare ogni operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali antagonisti.

Il legislatore avrebbe infatti dovuto operare distinzioni in rapporto al grado di esposizione dell'incarico pubblico al rischio di corruzione e all'ambito di esercizio delle relative funzioni, prevedendo coerentemente livelli differenziati di pervasività e completezza delle informazioni reddituali e patrimoniali da pubblicare, in relazione al ruolo, alle responsabilità e alla carica ricoperta dai dirigenti.

La Corte costituzionale, al tempo stesso, ha riconosciuto che una sentenza di accoglimento riferita in generale a tutti i dirigenti, in nome della privacy individuale, avrebbe lasciato completamente privi di considerazione principi costituzionali meritevoli di tutela.

Sussistono, infatti, esigenze di trasparenza e pubblicità che possono non irragionevolmente rivolgersi nei confronti di soggetti cui siano attribuiti ruoli dirigenziali di particolare importanza. A questi ultimi, dunque, anche quegli obblighi di pubblicità, pur così pervasivi, possono essere applicati, senza che la compressione della tutela dei dati personali risulti priva di adeguata giustificazione o sproporzionata.

La Corte ha riconosciuto, peraltro, che le molteplici possibilità di classificare i livelli e le funzioni, all'interno della categoria dei dirigenti pubblici, anche in relazione alla diversa natura delle amministrazioni di appartenenza, impediscono di operare una selezione secondo criteri costituzionalmente obbligati.

Non poteva perciò essere la Corte costituzionale a ridisegnare, tramite una sentenza "manipolativa", il complessivo panorama, necessariamente diversificato, dei destinatari degli obblighi di trasparenza e delle modalità con le quali tali obblighi devono essere attuati.

Ciò non può che spettare alla discrezionalità del legislatore.

Per questo motivo, la Corte costituzionale si è limitata ad assicurare la salvaguardia di un nucleo minimo di tutela del diritto alla trasparenza amministrativa in relazione ai dati personali indicati dalla disposizione censurata, in attesa di un indispensabile e complessivo nuovo intervento del legislatore.

Ciò la Corte ha fatto individuando alcuni incarichi dirigenziali apicali espressamente contemplati dalla normativa di settore che disciplina il lavoro dirigenziale alle dipendenze della pubblica amministrazione (d.lgs. n. 165 del 2001). Si tratta degli incarichi di Segretario generale di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali, nonché degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale. L'applicazione a tali dirigenti degli obblighi di pubblicità in precedenza illustrati non è parsa lesiva dei principi di proporzionalità e di eguaglianza presidiati dall'art. 3 Cost..

Le competenze spettanti a questi dirigenti, infatti, rendono manifesto lo svolgimento, da parte loro, di attività di collegamento con gli organi di decisione politica, con i quali il legislatore presuppone l'esistenza di un rapporto fiduciario, tanto da disporre che i suddetti incarichi siano conferiti su proposta del ministro competente, proprio per l'elevatissimo rilievo dei compiti – propositivi, organizzativi, di gestione (di risorse umane e strumentali) e di spesa – loro attribuiti.

In tal modo la Corte costituzionale ha salvaguardato provvisoriamente le esigenze di trasparenza e pubblicità apparse indispensabili, in attesa di una revisione complessiva della materia, spettante inderogabilmente alla discrezionalità del legislatore.

# SESSÕES DE TRABALHO

SESSÃO 2  
EXPERIÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL

3rd Quadrilateral Conference

Lisbona 10-12 ottobre 2019

Sessione pomeridiana dedicata alla giurisprudenza Sotto tema n. 1: Genetics, person and family

I deboli e vulnerabili nelle nuove frontiere dell'autodeterminazione: un bilanciamento complesso

Prof. Luca Antonini

Corte costituzionale italiana

#### VERSIONE PROVVISORIA

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana nell'ultimo anno ha affrontato diverse questioni che attengono al sotto tema cui è dedicata questa sessione.

I tre casi più significativi riguardano però il tema dell'aiuto al suicidio, della incriminazione penale del favoreggiamento della prostituzione, del divieto di fecondazione eterologa per le coppie omosessuali: queste pronunce verranno richiamate tutte e tre in estrema sintesi, evidenziandone le argomentazioni portanti e lasciando alla discussione la possibilità di ulteriori approfondimenti. Nella esposizione orale, dato il limite di tempo, ci si soffermerà solo sul primo caso.

1. È infatti l'ordinanza n. 207 del 2018, una delle decisioni che hanno maggiormente segnato la giurisprudenza costituzionale dell'ultimo anno, sia per le questioni trattate, che attengono direttamente allo statuto costituzionale della persona umana, sia per la novità apportata al quadro delle tecniche decisorie, sia per il ricchissimo e complesso dibattito dottrinale che si è sviluppato.

La Corte è stata chiamata, dalla Corte di Assise di Milano, a intervenire in merito alla sospettata illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio. Il suddetto articolo, risalente al 1930 ed espressivo di una visione fortemente pubblicistica della vita del singolo, infatti, punisce severamente – con la reclusione da cinque a dodici anni (pena solo di poco inferiore a quella dell'omicidio del consenziente) – chi concorre nel suicidio altrui: e ciò tanto se la partecipazione si attui nella forma della istigazione, quanto se si realizzi nella forma del concorso materiale (aiuto): agevolandone – recita l'articolo del codice - «in qualsiasi modo l'esecuzione».

In particolare, la Corte d'assise sosteneva che l'incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio, non rafforzative del proposito della vittima, fosse in contrasto con i principi sanciti dagli articoli 2 e 13 della Costituzione, dai quali discenderebbe la libertà della persona di scegliere quando e come porre termine alla propria vita.

La vicenda nasceva dal caso di un ex DJ, Fabiano Antoniani, che a seguito di un grave incidente automobilistico, era rimasto tetraplegico e affetto da cecità permanente, non autonomo nella respirazione e nell'alimentazione, in stato di costante e acuta sofferenza, conservando però intatte le facoltà intellettive. Un euro parlamentare con cui Fabo era entrato in contatto, Marco Cappato, decise di assecondare le richieste

di Fabiano accompagnandolo in auto, assieme alla madre e alla fidanzata, in Svizzera, dove venne compiuto il suicidio, realizzato azionando con la bocca uno stantuffo, attraverso il quale viene iniettato in endovena il farmaco letale.

Di ritorno dal viaggio, Marco Cappato si autodenunciò all'autorità di pubblica sicurezza e il caso che avrebbe condotto alla condanna di Cappato (e probabilmente della madre e della fidanzata di Fabo), dopo varie fasi, arrivò alla Corte d'assise di Milano che sollevò la suddetta questione di costituzionalità.

In risposta a tali quesiti, l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale ha innanzitutto operato una drastica delimitazione della questione che il giudice remittente aveva formulato in termini assai larghi, prospettando, in nome dell'autodeterminazione individuale, una generale libertà, costituzionalmente garantita, di porre fine alla propria vita (il cd. diritto al suicidio, dove anche il cd. *taedium vitae* sarebbe coperto da questo diritto). La Corte costituzionale, infatti, non ha condiviso questa tesi, nella sua assolutezza; nella pronuncia, infatti, si legge: «l'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere».

Tuttavia, continua l'ordinanza, non si può non tener conto di specifiche situazioni, inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta: «il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare».

Nelle particolari situazioni sopra indicate, che profilano una richiesta di assistenza nel morire avanzata in condizioni esistenziali molto diverse rispetto a quelle che contraddistinguono le molteplici tipologie di suicidio, indotte dalle “sofferenze dell'anima”, «vengono messe in discussione le esigenze di tutela che negli altri casi giustificano la repressione penale dell'aiuto al suicidio».

In questa prospettiva l'ordinanza richiama la recente legge italiana n. 219 del 2017, sul fine vita, che riconosce ad ogni persona «capace di agire» il diritto di rifiutare o interrompere qualsiasi trattamento sanitario, ancorché necessario alla propria sopravvivenza, compresi i trattamenti di idratazione e nutrizione artificiale, sottoponendosi a sedazione profonda continua. Questo diritto viene inquadrato nel contesto della «relazione di cura e di fiducia», la cosiddetta alleanza terapeutica, tra paziente e medico e allora – conclude l'ordinanza – se il valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di lasciarsi morire con l'interruzione dei trattamenti sanitari, «non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

La Corte però non ha ritenuto di poter porre rimedio a questo vulnus con una semplice cancellazione del reato di aiuto al suicidio di chi si trova in una situazione del genere. «Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi». Una regolazione della materia volta ad evitare abusi nei confronti di persone vulnerabili implica, infatti, una serie di scelte discrezionali e quindi l'intervento del legislatore.

In questo contesto argomentativo l'ordinanza esplicita - è molto importante rilevarlo, perché

la sentenza si muove chiaramente nel solco dell'esigenza di tutelare i deboli e i vulnerabili - una serie di contenuti che vengono suggeriti al legislatore e che dovrebbero caratterizzare l'introduzione della nuova previsione normativa. Essi attengono: a) le modalità di verifica medica: si richiede quindi necessariamente l'intermediazione di un medico nella verifica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto al suicidio; si tratta di una condizione molto importante al fine di evitare abusi e distorsioni; b) la disciplina del relativo "processo medicalizzato": si rimarca ulteriormente, con questa espressione, la necessità della garanzia di un intervento medico, ovvero di una reale presa in carico sanitaria del soggetto, perché solo così risulta effettivamente garantito il diritto fondamentale del paziente ad essere reso consapevole e informato sulle varie soluzioni: prima tra tutte quella delle cure palliative (che spesso se somministrate con competenza riducono notevolmente le richieste di suicidio assistito) e poi quella della sedazione profonda e continuata (già prevista dalla citata legge 219 del 2017 e in forza della quale la morte sopravviene in poco tempo ma ancora per effetto della malattia e senza essere imputabile a un atto uccisivo diretto); c) la (eventuale) riserva esclusiva di somministrazione dei trattamenti al servizio sanitario nazionale (con una sostanziale esclusione della possibilità di svolgere a fini di lucro tali trattamenti); d) la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto in tali procedure.

È anche interessante precisare che l'ordinanza, volutamente, non contiene alcun giudizio di valore sulle situazioni che eppure legittimano la richiesta di porre fine alla propria vita, in questo consapevole che in quelle stesse drammatiche situazioni, a fronte di persone che si risolvono per la scelta di abbandonare la vita, ve ne sono altre, che per la solidità del contesto familiare o per la propria ricchezza d'animo, rimangono, fino all'ultimo respiro, persino innamorate della vita.

In questo stesso contesto valoriale, che peraltro non esaurisce tutti i possibili risvolti della

fattispecie - si pensi al rischio che la nuova facoltà diventi una scorciatoia rispetto a una seria presa in carico del paziente - dal punto di vista del processo costituzionale, si inserisce il carattere innovativo della decisione: in presenza di una pluralità di scelte discrezionali, finora la Corte aveva dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, con un monito al legislatore affinché approvasse la disciplina necessaria. Se il monito rimaneva senza riscontro, seguiva, di norma, una pronuncia di illegittimità costituzionale. Ora, però, la Corte osserva che questa tecnica decisoria avrebbe «l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione». «Un simile effetto» – si legge nell'ordinanza – «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

Di qui la decisione adottata di rinviare il giudizio a data fissa, per dare al legislatore la possibilità di intervenire con una apposita disciplina «che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela». Nel frattempo rimane sospeso il giudizio a quo e in altri eventuali analoghi giudizi spetterà al giudice valutare se, alla luce dei principi ora affermati, ci siano le condizioni per sollevare una uguale questione di legittimità costituzionale, così da evitare l'applicazione della disposizione censurata. Questa quindi la conclusione: quando «la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere», la Corte reputa «doveroso» consentire al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale». Ciò al fine di «evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Facendo leva sugli strumenti processuali consentiti – la possibilità di rinviare la decisione – la Corte costituzionale italiana ha introdotto, pur utilizzando formalmente lo strumento noto dell'ordinanza, un nuovo strumento decisorio che la dottrina – in questa sede non è possibile dare conto dello sterminato dibattito dottrinale - ha definito in molti modi ("ordinanza a incostituzionalità differita", "a incostituzionalità immediata e ad annullamento differito"; di "incostituzionalità dichiarata ma non accertata", ecc.). Il Presidente della Corte costituzionale nella relazione di fine anno ha usato il termine, più appropriato, di "incostituzionalità prospettata". Resta, in ogni caso, abbastanza pacifica l'influenza del modello della



Unvereinbarkeitserklärung del Tribunale costituzionale tedesco, pur con tutte le diversità in termini di origine e di sviluppo dell'istituto, come anche l'analogia con le pronunce di simple incostitucionalidad del Tribunale costituzionale spagnolo.

Trattandosi di uno strumento nuovo, non immediatamente chiari sono risultati gli effetti della pronuncia nei confronti non tanto dei giudici diversi da quello a quo, peraltro sollecitati dall'ordinanza a sospendere i processi, quanto nei confronti della pubblica amministrazione, dei soggetti privati, delle situazioni già risolte con sentenza definitiva. È stato l'inevitabile prezzo da pagare in forza della volontà di mantenersi, nell'enucleare uno strumento decisionale innovativo che rispondesse a tutte le esigenze sollecitate dal caso normativo in questione, nello stretto alveo della legalità processuale, senza sconfinare dalle strettoie processuali. Maggiore flessibilità e capacità di modulare gli effetti delle decisioni sono insite nelle tecniche decisionali della giurisprudenza tedesca, di origine però puramente pretoria: un confine che invece la Corte italiana ha preferito non valicare.

In data 24 ottobre 2019, si è svolta la nuova udienza a seguito del rinvio: nel frattempo, infatti, il Parlamento italiano non era riuscito nemmeno a calendarizzare un disegno di legge in materia. A questo punto la Corte, visto il mancato intervento parlamentare, ha dichiarato la incostituzionalità della punizione penale dell'aiuto al suicidio di cui all'articolo 580 del codice penale, di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. In attesa di un indispensabile intervento del legislatore, la Corte ha però subordinato la non punibilità al rispetto delle precise modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente.

La sentenza non è ancora stata pubblicata, ma nel suo comunicato la Corte ha sottolineato che l'individuazione di queste specifiche condizioni e modalità procedurali, desunte da norme già presenti nell'ordinamento, si è resa necessaria per evitare rischi di abuso nei confronti di persone specialmente vulnerabili, come già sottolineato nell'ordinanza 207 del 2018.

2. Sul tema della persona è poi interessante ricordare la sentenza n. 141 del 2019 che ha dichiarato non fondate le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Bari sulle disposizioni della "legge Merlin" (legge 20 febbraio 1958 n.75) che puniscono il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. La Corte remittente aveva sostenuto che l'attuale realtà sociale è diversa da quella dell'epoca in cui le norme incriminatrici furono introdotte: accanto alla prostituzione "coattiva" e a quella "per bisogno", oggi vi sarebbe infatti una prostituzione per scelta libera, volontaria, qual è quella delle "escort" (accompagnatrici retribuite, disponibili anche a prestazioni sessuali). Una simile scelta costituirebbe espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, garantita dall'articolo 2 della Costituzione: da questo punto di vista la punizione penale del favoreggiamento della prostituzione costituirebbe una indebita "cintura protettiva" che, inibendo ai terzi di cooperare in qualsiasi modo con la escort, impedirebbe l'esercizio della stessa libertà sessuale.

La Corte costituzionale, invece, è chiara nell'escludere la riconducibilità della prostituzione,

nemmeno nel fenomeno delle escort, al diritto inviolabile alla libertà sessuale: "[s]e è il collegamento con lo sviluppo della persona a qualificare la garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., non è possibile ritenere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile – il cui esercizio dovrebbe essere, a questa stregua, non solo non ostacolato, ma addirittura, all'occorrenza, agevolato dalla Repubblica – sulla base del mero rilievo che essa coinvolge la sfera sessuale di chi la esercita.

Non può essere certamente condiviso l'assunto del giudice remittente, stando al quale la prostituzione volontaria rappresenterebbe una «modalità autoaffermativa della persona umana».

La prostituzione, quindi, non rappresenta affatto uno strumento di tutela e di sviluppo della persona umana, ma solo una particolare forma di attività economica. In questo caso, infatti, la sessualità non è che una “prestazione di servizio” per conseguire un profitto.

Da questo punto di vista, la sentenza precisa che le norme impugnate non violano la libertà di iniziativa economica privata per il fatto di impedire la collaborazione di terzi all’esercizio della prostituzione in modo organizzato o imprenditoriale. Tale libertà è infatti protetta dall’articolo 41 della Costituzione solo in quanto non comprometta valori preminenti, quali la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Le disposizioni incriminatrici contenute nella legge Merlin si connettono a questi valori. Il fatto che il legislatore individui nella persona che si prostituisce il soggetto debole del rapporto spiega, inoltre, la scelta di non punirla, a differenza di quanto avviene per i terzi che si intromettono nella sua attività. La sentenza quindi chiarisce che le incriminazioni sospettate di incostituzionalità mirano a tutelare i diritti fondamentali delle persone vulnerabili e la dignità umana. È dunque rimesso al legislatore quale interprete del comune sentire in un determinato momento storico, il legittimo compito di individuare nella prostituzione, anche volontaria, un’attività che degrada e svilisce la persona, predisponendo una tutela che si fa carico dei pericoli insiti nella prostituzione, anche quando la scelta di prostituirsi appare inizialmente libera. Ciò in quanto si tratta di valutazioni tipicamente politiche, tanto più rispetto alla prostituzione, che, come rivela l’analisi storica e comparatistica, si presta a diverse strategie di intervento.

3. Sul tema della famiglia, infine, è opportuno soffermarsi sulla pronuncia di quest’anno, non ancora pubblicata, ma oggetto di un comunicato stampa che ha anticipato la decisione, attinente al “diritto alla genitorialità” delle coppie omosessuali. Nel caso di specie si trattava della c.d. omogenitorialità “originaria”, realizzata, cioè, per effetto di filiazione (ovviamente “non naturale”) all’interno della stessa coppia same sex (così qualificata per distinguerla dalla omogenitorialità “sopravvenuta”, conseguente all’inserimento di un bambino generato nell’ambito di una relazione eterosessuale nella “famiglia ricomposta” con il nuovo partner dello stesso sesso di uno dei genitori). Le censure dei giudici rimettenti si appuntavano sul divieto di accesso delle coppie omosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, posto dalla legge 19 febbraio 2004, n. 40: divieto che i giudici rimettenti ritenevano lesivo del diritto alla genitorialità dei componenti della coppia e foriero di una illegittima discriminazione basata sull’orientamento sessuale.

È preliminare precisare che la legge investita dal dubbio di costituzionalità è chiaramente ispirata alla volontà di difendere, di fronte ai metodi di riproduzione assistita, il modello “naturalistico” della famiglia: la disciplina dei requisiti soggettivi di accesso alle tecniche prevede, infatti, che possono accedere alla PMA solo le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Single, vedove, minori, coppie omosessuali, coppie occasionali, soggetti non in età potenzialmente fertile restano, dunque, esclusi dal ricorso alle tecnologie riproduttive.

Una severa sanzione amministrativa pecuniaria è applicata per chi applica tecniche di PMA «a coppie composte da soggetti dello stesso sesso» (oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi). Nella logica della legge n. 40 del 2004, il divieto di accesso delle coppie omosessuali ha quindi un duplice fondamento:

- a) la sterilità-infertilità della coppia omosessuale (in quanto tale) non è di natura patologica, ma esclusivamente “sociale” e “relazionale”;
- b) la bigenitorialità omosessuale non risponde al modello “naturale” della famiglia,

che il legislatore ha inteso preservare.

Va altresì chiarito che la medesima legge era stata in precedenza oggetto di due significativi interventi della Corte costituzionale: a) la sentenza n. 162 del 2014 aveva, infatti, rimosso l’indiscriminato divieto, originariamente contemplato dalla legge, di fecondazione eterologa (che escludeva dalla PMA le coppie affette dalle patologie più gravi, generatrici di sterilità o infertilità assolute e irreversibili), affermando che il progetto di genitorialità, costituzionalmente tutelato, prescinde dal necessario legame biologico genitori-figli;

b) la sentenza n. 96 del 2015 aveva rimosso il divieto all'accesso alla PMA, con diagnosi preimpianto, nei confronti di coppie fertili affette di gravi patologie genetiche ereditarie, trasmissibili al nascituro.

Va inoltre precisato che, su un altro piano, con la sentenza n. 138 del 2010, la Corte aveva affermato che la nozione di «formazione sociale» cui all'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, abbraccia anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso.

È chiaro, quindi, che i giudici rimettenti miravano a estendere il cd. diritto alla genitorialità, che la Corte aveva riconosciuto sussistente anche in assenza di legame genetico, anche a tali formazioni sociali.

La risposta della Corte costituzionale è stata, tuttavia, negativa: i precedenti interventi della Corte, ampliativi delle ipotesi di accesso alla PMA, si sono collocati pur sempre all'interno delle coordinate di fondo delineate dal legislatore, limitandosi ad eliminare delle incongruenze interne alla disciplina.

Entrambe le pronunce si sono mosse, infatti, nella logica del rispetto – e, anzi, addirittura della valorizzazione – della finalità “terapeutica” assegnata dal legislatore alla PMA, senza incidere in modo apprezzabile sulla ulteriore scelta legislativa di fondo, di salvaguardare, di fronte alle tecniche di riproduzione artificiale, il “modello” della “famiglia naturale”.

L'accoglimento delle questioni invece avrebbe segnato un notevole salto di qualità”, in quanto avrebbe divelto entrambe le architravi del sistema voluto dal legislatore del 2004. Ammettere le coppie omosessuali, in quanto tali, alla PMA sarebbe equivalso ad affermare che – per imperativo costituzionale – la fruizione delle tecniche di riproduzione assistita prescinde tanto da necessità terapeutiche, quanto da esigenze di rispetto del “modello” naturale di famiglia. Una tale pronuncia, peraltro, avrebbe anche aperto il problema degli “effetti ricaduta” sull'intero insieme di ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle tecniche procreative assistite.

#### 4. Brevi conclusioni.

Con le pronunce ricordate la Corte costituzionale italiana si è trovata nel vivo del dibattito acceso dall'evoluzione tecnologica, medica e della coscienza sociale. Il filo rosso che accomuna tutte e tre le decisioni è, da un lato, il rispetto mostrato per le scelte compiute dal legislatore, riconoscendo in fondo che è al principio di democraticità che va innanzitutto rimessa la soluzione delle questioni eticamente più controverse, ma dall'altro, rispetto alle situazioni dove la compatibilità costituzionale era più evidentemente complessa, anche per effetto della vetustà della scelta legislativa come nel caso dell'art. 580 del codice penale, non ha rinunciato a esercitare il proprio ruolo di custode di una Costituzione “viva” ed è stata attenta a percepire e considerare con la necessaria attenzione i segni dei tempi che mutano e che incidono sul terreno dei valori.