

Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale *

Paolo Scarlatti

SOMMARIO: 1. Il concetto di vulnerabilità: prime approssimazioni. – 2. Ordinamento costituzionale, protezione dei soggetti deboli, crisi dello Stato sociale. – 3. La tutela delle persone vulnerabili nella prospettiva della dignità umana. – 4. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I piani soggettivo e causale della vulnerabilità. – 5. (segue) Il piano degli effetti della vulnerabilità. – 6. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 7. Le istanze della vulnerabilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Il fronte dei c.d. temi sensibili. – 8. (segue) Processo penale, detenzione e contrasto alla ludopatia. – 9. Attivismo giudiziale e ruolo del legislatore: l'attualità della Costituzione repubblicana nella delimitazione della vulnerabilità.

1. Il concetto di vulnerabilità: prime approssimazioni

Il termine vulnerabilità è entrato da diversi anni nel gergo legislativo e della politica, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale. Ben prima tuttavia è apparso nella elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, diffondendosi in seguito, secondo le linee tracciate da quella elaborazione, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della stessa Corte costituzionale.

Del resto, la tematica dei diritti delle persone vulnerabili individua una precisa tendenza evolutiva nell'esperienza costituzionale più recente in ordine alla portata reale dei presidi posti a tutela degli individui che, a diverso titolo, versano in condizioni di svantaggio e fragilità. Tale tendenza identifica nelle Corti dei diritti i protagonisti di un'attività fortemente creativa che, tramite il ricorso al concetto di vulnerabilità, intende assicurare una protezione più incisiva – o comunque un trattamento differenziato – a quei soggetti che appunto vivono nei fatti una situazione di particolare debolezza.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

È dunque la prospettiva della effettività della tutela dei diritti che, nel contesto della vulnerabilità, impegna le Corti in un ruolo inedito e attivo¹, spostando l'indagine dalla sfera dei diritti ai soggetti che questi diritti esercitano in concreto.

In questo orizzonte interpretativo si pone anzitutto la questione della individuazione della vulnerabilità: chi sono i soggetti vulnerabili? Siamo tutti vulnerabili giacché, in fondo, ogni essere umano è di per sé vulnerabile? O, più opportunamente, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali alcuni individui risultano in realtà più vulnerabili di altri sicché – potremmo dire – si può essere *diversamente vulnerabili*?²

Insomma, il concetto di vulnerabilità si presenta fin da subito particolarmente problematico. Oltre al fatto di travalicare la dimensione umana (basti pensare alle normative relative alla tutela degli ecosistemi e del paesaggio, al rischio sismico e alla sicurezza cibernetica) tale concetto, anche là dove riferito ai diritti fondamentali della persona, sottende un ineludibile contenuto d'indeterminatezza. Ciò spiega la recente proliferazione di forme di vulnerabilità della persona posta in essere soprattutto – ma non solo – dalle Corti con l'intento di estendere, nell'ottica della effettività, le garanzie dei diritti rispetto ad istanze di tutela nuove e non prefigurabili in astratto o una volta per tutte. In altri termini, l'emersione per via giudiziale di forme inedite di vulnerabilità costituisce in fin dei conti il risvolto pratico dell'adozione, da parte dei giudici, di una nozione volutamente *aperta* di vulnerabilità³, non predeterminata né predeterminabile in anticipo.

La componente d'indeterminatezza della nozione di vulnerabilità, che si lega peraltro alla sua connotazione in fondo presuntiva⁴, non pregiudica tuttavia la possibilità di precisarne alcuni tratti essenziali.

¹ In argomento, R. Conti, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*, in *Quest. giust.*, 8 febbraio 2014, par. 6. Sui limiti di una visione che intende assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nel contesto sovranazionale tramite la sola via giudiziaria, G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 139 ss.

² Sul tema, da ultimo, M. Luciani, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, 22 aprile 2022, reperibile in www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do

³ Sulla indeterminatezza del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte EDU, *ex multis*, E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, p. 30 ss.

⁴ In questo senso, R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, p. 52 ss., F. Ippolito, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars interpretandi*, 2, 2019, p. 78 ss.

La premessa di una valutazione casistica, di una verifica sempre *individualizzata* al caso di specie, consente infatti di scorgere dall'applicazione giudiziale indirizzi interpretativi ormai consolidati, dai quali emerge il carattere necessariamente relazionale della nozione in questione, da definirsi quindi in funzione del contesto di riferimento⁵. A questa stregua, la considerazione della vulnerabilità dà conto, in particolare, sia di una ineludibile connotazione di *gradualità*, ossia di un diverso grado d'intensità da misurarsi con la complessità delle circostanze che definiscono il caso di specie, sia della possibilità – non infrequente – della compresenza di più vulnerabilità nel medesimo individuo. Circostanza che ne accentua di norma il peso in concreto, il più delle volte in maniera decisiva⁶.

2. Ordinamento costituzionale, protezione dei soggetti deboli, crisi dello Stato sociale

L'indagine sui diritti delle persone vulnerabili non può tuttavia prescindere da una constatazione di partenza: l'azione in difesa dei soggetti deboli non rappresenta una novità per il diritto costituzionale. Anzi, proprio la protezione dei più bisognosi e fragili, delle frange più deboli della società, rappresenta in realtà una prospettiva fondamentale del costituzionalismo democratico e sociale⁷, fatta propria nel testo delle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra. Emblematica sotto questo profilo è proprio la Costituzione italiana, la quale fornisce, attraverso previsioni puntuali e norme di principio, un'ampia ed articolata considerazione delle situazioni di

⁵ Cfr. S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in *Pol. dir.*, 2016, p. 477; B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, p. 135.

⁶ Sul punto, per tutti, A. Timmer, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in M.A. Fineman – A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013, p. 161 ss.

⁷ In proposito, L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 157 ss., che in particolare identifica il fondamento assiologico dei diritti fondamentali nella dignità della persona, nell'uguaglianza, nella pace e – appunto – nella tutela dei soggetti più deboli.

bisogno o svantaggio nel segno della pari dignità sociale e del pieno sviluppo della persona⁸.

Del resto, la protezione dei soggetti deboli ha costituito il riferimento nodale nella definizione del modello di Stato sociale secondo traiettorie sicure e saldamente agganciate a principi e precetti costituzionali chiaramente identificati dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza, se in una prima fase si è incardinata attorno alla dignità del lavoro⁹, in una seconda fase ha progressivamente esteso la sua portata al di là del mondo del lavoro, per riconoscere – in virtù del dovere costituzionale di solidarietà sociale – istanze di protezione ulteriori da parte di soggetti deboli e categorie svantaggiate¹⁰.

Orbene, l'assonanza che ad una prima approssimazione può essere avvertita tra la prospettiva della tutela dei soggetti deboli e quella delle persone vulnerabili non si traduce affatto in piena corrispondenza, anzi. Sul piano costituzionale, le due prospettive non si riducono ad una questione meramente terminologica tra parole che sono in realtà sinonimi¹¹.

La vulnerabilità esprime un concetto decisamente più scivoloso, per definizione intenzionalmente aperto e non circoscritto da un perimetro costituzionale di riferimento predefinito e riconoscibile. A differenza dei soggetti deboli, la cui protezione è positivizzata nel testo costituzionale e sviluppata in chiave espansiva dalla giurisprudenza costituzionale, la tematica della vulnerabilità si colloca in un orizzonte indiscutibilmente più vasto, che si pone oltre la dimensione dei diritti sociali, del lavoro e dello stesso Stato sociale. Essa coinvolge in premessa la complessità dei diritti della persona, definendosi soprattutto alla luce del recente processo di

⁸ F. Pizzolato, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, 2, 2019, p. 25 ss. Per una ricognizione recente in proposito, G. Amato, *I vulnerabili e la Costituzione italiana*, in *Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli*, Roma, 2022, p. 29 ss.

⁹ Per tutti, M. Aini, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 25 ss.

¹⁰ *Ex multis*, A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. Ventura – A. Morelli (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, p. 305 ss.

¹¹ In argomento, v. P. Scarlatti, *Soggetti deboli, costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2023, p. 266 ss.

internazionalizzazione dei sistemi di protezione (e riconoscimento) dei diritti¹².

Nondimeno, la progressiva affermazione del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza delle Corti dei diritti può anche essere letta come una delle tante manifestazioni della crisi del modello di Stato sociale allorché la si intenda come risposta nei confronti di coloro che, a fronte di situazioni di eccezionale debolezza e minorità sociale, sono rimasti ai margini o del tutto fuori dai sistemi nazionali di protezione. Così intesa però la vicenda della tutela della vulnerabilità – che in questo ambito non esaurisce di certo la sua portata – induce comunque a disattendere una lettura in termini esclusivamente caritatevoli, incentrata cioè su una concezione legata alla carità di Stato verso i miserabili, gli ultimi o ultimissimi¹³.

3. La tutela delle persone vulnerabili nella prospettiva della dignità umana

La distanza tra la tradizionale protezione dei soggetti deboli e le forme più recenti di tutela delle persone vulnerabili spinge ad interrogarsi sui presupposti costituzionali di queste ultime.

In proposito, il confronto con la tutela costituzionale dei soggetti deboli dà conto di come le istanze della vulnerabilità si leghino in realtà in maniera predominante alla inviolabilità della dignità umana ed al primato della persona¹⁴. Per quanto sia identificabile una relazione tra la condizione di vulnerabilità e l'intenzione di porvi rimedio in funzione antidiscriminatoria e dell'uguaglianza sostanziale¹⁵, tale relazione non sembra affatto esaurire la portata della nozione di vulnerabilità né tantomeno configurarsi come il solo presupposto giustificativo di un trattamento speciale di tutela nei confronti delle persone vulnerabili. La salvaguardia dei diritti delle persone vulnerabili trova il suo radicamento

¹² Criticamente sulla moltiplicazione dei diritti su scala internazionale, A. Celotto, *L'età dei (non) diritti*, Roma-Cesena, 2017, p. 84 ss.; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 69 ss.; F. Rimoli, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, p. 46 ss.

¹³ Sul tema, v. C. Pinelli, «Social card», o del ritorno alla carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenzo Carlassare*, III, Napoli, 2009, p. 1177 ss.

¹⁴ In argomento, diffusamente, G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, p. 1 ss.

¹⁵ G. Serges, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale*, in C. Severino – H. Alcaraz (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence, 2021, p. 169 ss.

autentico nella dignità dell'uomo, valore sotteso alle Costituzioni nazionali e certamente condiviso a livello europeo¹⁶, a cominciare dalla CEDU, sistema in cui proprio grazie all'attivismo della Corte di Strasburgo la nozione di vulnerabilità si è andata affermando.

Seppur riconducibile ad un concetto difficilmente predeterminabile sul piano dogmatico¹⁷, la dignità dell'uomo denota una portata universalistica che apre alla considerazione della condizione esistenziale, reale e contingente in cui versa l'individuo. In questo senso, la tutela della dignità umana confluisce nella valutazione in ordine alla vulnerabilità dell'individuo, accentuandone così la valenza assiologica anche in virtù di una nozione, quale è appunto quella di vulnerabilità, che rimane aperta e dai contorni sfumati.

Tali premesse conferiscono al giudice un ampio margine di discrezionalità in relazione al riconoscimento in concreto della vulnerabilità, alla valutazione della sua intensità ed agli esiti a cui porta nel rapporto con la complessità delle circostanze del caso di specie. Una discrezionalità tuttavia che, proprio nell'ottica della salvaguardia della dignità umana, implica e si definisce nei termini di un *giudizio di valore* su cui, più precisamente, pesa l'integrazione dell'ordinamento costituzionale con la dimensione europea ed internazionale di protezione dei diritti.

Ed è sotto questo profilo che si innesta il problema – al tempo stesso classico e nuovo alla luce della dinamica del diritto costituzionale attuale – del rapporto tra attività creativa del giudice e prerogative del legislatore, tra diritto giurisprudenziale e vincoli derivanti dal diritto positivo. Un problema che il ricorso al concetto di vulnerabilità nel campo della tutela dei diritti rende palese, quasi esaspera, e per questo invita alla cautela e ad una riflessione approfondita sulla tenuta dei principi costituzionali nel quadro del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamenti sovranazionali.

4. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I piani soggettivo e causale della vulnerabilità

¹⁶ Per tutti, P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, p. 164 ss.; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio di libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 121 ss.

¹⁷ *Ex multis*, G. Sereno, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016, p. 413 ss.

Malgrado l'assenza di un riferimento alla vulnerabilità nel testo della CEDU, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo degli ultimi decenni rappresenta la sede prima e privilegiata della tutela dei diritti delle persone vulnerabili¹⁸.

Il ricorso alla nozione di vulnerabilità appare tuttavia multiforme: la sua connotazione aperta e funzionale alla effettività – caso per caso – dei diritti non impedisce però di trarre indirizzi ormai consolidati, tra loro interconnessi.

Il primo riguarda il piano soggettivo della vulnerabilità, stabilizzatosi intorno alla distinzione – peraltro sovrapponibile – tra categorie di individui vulnerabili e «gruppi vulnerabili»¹⁹. Rispetto alle prime, la Corte europea riconosce determinati soggetti come vulnerabili in ragione delle loro qualità intrinseche – è il caso, paradigmatico, dei bambini, minori di età, a cui tradizionalmente viene assicurata una protezione molto intensa e generalizzata²⁰, nonché delle donne allorché vittime di violenza domestica²¹ o coinvolte in controversie inerenti alle condizioni d'accesso all'aborto terapeutico²² – o delle situazioni di fatto in cui versano. Sotto quest'ultimo profilo, basti richiamare i casi dei detenuti o comunque di tutti coloro che, a vario titolo, siano tenuti in custodia o in qualunque modo sottoposti al controllo dell'autorità²³, o anche dell'indagato/imputato nella prima fase del procedimento penale, durante le indagini preliminari e le fasi iniziali del dibattimento²⁴, o ancora delle persone più facilmente perseguibili nella società per il loro sostegno ad opinioni impopolari o per la loro appartenenza a minoranze²⁵.

Riguardo l'emersione del concetto di «gruppo vulnerabile» quale presunzione generalizzata di vulnerabilità, la giurisprudenza europea è molto ricca. Essa, in particolare, ha gradualmente esteso la portata di questo

¹⁸ Per più ampi approfondimenti di dottrina e giurisprudenza, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, p. 51 ss.

¹⁹ Y. Al Tamimi, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, in *JEDH*, 2016, p. 561 ss.

²⁰ Da ultimo, Corte EDU, 21 luglio 2022, ric. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*.

²¹ V. Corte EDU, 9 giugno 2009, ric. 33401/02, *Opuz c. Turchia*. In senso conforme, Corte EDU, 8 luglio 2021, ric. 33056/17, *Tkbelidze c. Georgia*.

²² Corte EDU, 20 marzo 2007, ric. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*; 30 ottobre 2012, ric. 57375/08, *P. e S. c. Polonia*.

²³ *Ex multis*, Corte EDU, 28 settembre 2015, ric. 23380/09, *Bouyid c. Belgio*.

²⁴ V. Corte EDU, 27 novembre 2008, ric. 36391/02, *Salduz c. Turchia*, e, più di recente, 9 novembre 2018, ric. 71409/10, *Beuze c. Belgio*.

²⁵ Di recente, Corte EDU, 1° dicembre 2020, ric. 46712/15, *Berkman c. Russia*.

concetto sia in riferimento alla sua matrice originaria, definita su base etnica e culturale, sia rispetto al riconoscimento di un numero sempre crescente di «gruppi» vulnerabili a prescindere dalla comunanza etnico-culturale²⁶.

Nel primo caso, basti richiamare l'ampia giurisprudenza a tutela della comunità *Gypsy*, archetipo del concetto di «gruppo vulnerabile», i cui rinvii spaziano dai casi di segregazione scolastica nei confronti di minori Rom²⁷, agli sgomberi di massa d'intercomunità stanziali da terreni illegalmente occupati da anni²⁸, alle pratiche di sterilizzazione in assenza di consenso preventivo, pieno ed informato, perpetrate nei confronti – tra gli altri – di donne Rom²⁹.

Nel secondo caso, il riconoscimento di una vulnerabilità di gruppo al di là della identificazione come minoranza etnica ha trovato riscontro, ad esempio, rispetto alle persone con disabilità mentale, di per sé connotate da forme e gradazioni anche profondamente diverse³⁰, alle persone affette da HIV³¹ e, anche se in termini tutt'ora incerti, a soggetti riconducibili alla comunità LGBT³². Tutte ipotesi in cui, oltre al contesto geografico di riferimento, rileva il profilo della discriminazione sociale e del pregiudizio radicati nel tempo.

Controverso, infine, è quel filone giurisprudenziale che include nel concetto di «gruppo vulnerabile» i richiedenti asilo a fronte della disomogeneità dei membri che lo compongono, accomunati soltanto dallo *status* giuridico che li qualifica³³.

Il secondo indirizzo concerne l'identificazione delle cause generative di vulnerabilità. Numerosi sono gli indicatori di vulnerabilità elaborati dalla Corte europea ed altrettanto ampia ne è la gradazione del peso in concreto. Tali indicatori, che possono benissimo coesistere nel medesimo caso ed

²⁶ Per un approfondimento, L. Peroni – A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *Int. Jour. Const. Law*, 2013, p. 1083 ss.; M. O'Boyle, *The notion of "vulnerable groups" in the case law of the European Court of Human Rights*, in *www.venice.coe.int*, 12 febbraio 2016, p. 1 ss.

²⁷ Corte EDU, 29 gennaio 2013, ric. 11146/11, *Horváth e Kiss c. Ungheria*.

²⁸ Corte EDU, 24 aprile 2012, ric. 25446/06, *Yordanova e altri c. Bulgaria*.

²⁹ Corte EDU, 13 novembre 2012, ric. 15966/04, *I.G. e altri c. Slovacchia*.

³⁰ In argomento, di recente, Corte EDU, 10 settembre 2020, ric. 59751/15, *G.L. c. Italia*.

³¹ Per tutti, Corte EDU, 10 marzo 2011, ric. 2700/10, *Kiyutin c. Russia*.

³² Da ultimo, Corte EDU, 17 maggio 2022, ric. 71367/12 e 72961/12, *Oganezova c. Armenia*.

³³ V. il *leading case* Corte EDU, 21 gennaio 2011, ric. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, nonché l'opinione dissidente del giudice Sajó che, sul punto, nega comunque la possibilità di configurare una presunzione di carattere generale (par. II).

assumere carattere più o meno temporaneo, riguardano in particolar modo la condizione di dipendenza che può affliggere l'individuo, causa trasversale di vulnerabilità che trova riscontro sia nei confronti di terzi (basti pensare al rapporto genitori-figli minori; tutore-disabile mentale; avvocato-assistito; medico-malato rispetto alle cure e all'accesso ai medicinali) sia, soprattutto, rispetto all'autorità dello Stato (emblematico è il caso del rapporto tra detenuti e amministrazione penitenziaria rispetto alla comunicazione con l'esterno o al trattamento da parte delle guardie carcerarie, ma anche quello dei richiedenti asilo che versano in condizioni di povertà estrema).

Del resto, la Corte europea non si limita al riconoscimento della sola vulnerabilità fisica ma accorda giustamente ampio spazio al piano della vulnerabilità psicologica. Indicativi al riguardo sono i citati casi di violenza domestica, ma anche quelli – ormai risalenti – inerenti all'esercizio del diritto di ricorso individuale previsto dalla previgente normativa convenzionale da parte degli abitanti dei villaggi del sud-est della Turchia a fronte delle intimidazioni e dei timori di rappresaglie ad opera delle autorità nazionali derivanti dal conflitto esistente in quell'area tra le forze indipendentiste del PKK e quelle di sicurezza turche³⁴. Altrettanto indicativi sono i casi concernenti le condizioni di vita carceraria per i detenuti psichiatrici³⁵ e, più in generale, la tratta di esseri umani³⁶.

Ancora, con riferimento alle sole ipotesi in cui la Corte europea ricorre al concetto di «gruppo vulnerabile» e salvo il caso dei richiedenti asilo, ricorrenti sono i richiami alla condizione di discriminazione radicata nel tempo, di disagio e di marginalizzazione sociale, premesse causali della presunzione di vulnerabilità in questione.

5. (segue) Il piano degli effetti della vulnerabilità

Anche rispetto agli effetti prodotti dalla vulnerabilità, in relazione all'applicazione delle disposizioni della CEDU, è ormai possibile delineare orientamenti giurisprudenziali stabili.

Il primo orientamento concerne la sfera delle garanzie processuali e tocca, anzitutto, l'ordine di precedenza fissato dalla stessa Corte di

³⁴ *Ex multis*, Corte EDU, 16 settembre 1996, ric. 21893/93, *Akdivar e altri c. Turchia*.

³⁵ Di recente, Corte EDU, 31 gennaio 2019, ric. 18052/11, *Rooman c. Belgio*; 24 gennaio 2022, ric. 11791/20, *Sy c. Italia*.

³⁶ Ad esempio, Corte EDU, 30 marzo 2017, ric. 21884/15, *Chowdury e altri c. Grecia*.

Strasburgo per la trattazione dei casi, in virtù del quale ai ricorrenti in condizioni di vulnerabilità viene data priorità assoluta³⁷.

Sempre nell'ottica delle garanzie processuali, la vulnerabilità del ricorrente si pone altresì come elemento di valutazione decisivo ai fini dell'effettività del diritto individuale a ricorrere *ex art.* 34 CEDU, il quale impone – per giurisprudenza costante – l'assenza di qualunque forma di condizionamento o pressione, anche indiretta, da parte delle autorità dello Stato³⁸. Alla stessa stregua si colloca il tema della legittimazione a ricorrere in nome e per conto del soggetto vulnerabile da parte di terzi, in più occasioni reputato ammissibile proprio in considerazione di tale condizione³⁹.

Analoga impostazione è poi ravvisabile in tema di eccezioni alle condizioni di ricevibilità del ricorso stabilite dall'art. 35, par. 1, CEDU (esaurimento delle vie di ricorso interne e termine quadrimestrale di presentazione del ricorso), tra le quali appunto la Corte europea ha dato ampio rilievo, nel concorso con le altre circostanze del caso, proprio alla condizione di vulnerabilità in cui versa il ricorrente⁴⁰.

Particolarmente stringente, sul piano delle garanzie processuali, è infine il principio per cui, nel corso della detenzione, le lesioni – o addirittura la morte – dei soggetti sottoposti a qualunque titolo alla restrizione della libertà personale determinano l'inversione dell'onere della prova in capo allo Stato, che deve assumersi l'onere probatorio proprio in ragione del fatto che la situazione di vulnerabilità che grava su tali soggetti – a fronte della loro totale dipendenza dalle autorità, specialmente in relazione al loro stato di salute – gli impone la responsabilità di una protezione specifica⁴¹.

Il secondo orientamento riguarda il grande tema degli obblighi positivi, rispetto al quale la vicenda della vulnerabilità, nella prospettiva della effettività dei diritti convenzionali, acquisisce un rilievo notevole sia sul piano procedurale che sostanziale.

Tra gli obblighi procedurali – innescati nel momento in cui la Corte calibra il peso della vulnerabilità all'interno dello scrutinio di proporzionalità

³⁷ Trattasi degli «urgent cases concerning vulnerable applicants», prima delle sette categorie in cui si articola il *Court's Priority Policy* del giugno 2009, da ultimo aggiornato in più punti con decorrenza dal 22 maggio 2017.

³⁸ Da ultimo, Corte EDU, 11 marzo 2021, ric. 6865/19, *Feilazoo c. Malta*.

³⁹ Cfr. Corte EDU, 17 luglio 2014, ric. 47848/08, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpăanu c. Romania*, e 5 giugno 2015, ric. 46043/14, *Lambert e altri c. Francia*.

⁴⁰ A titolo esemplificativo, di recente, Corte EDU, 11 maggio 2021, ric. 73731/17 *Epure c. Romania*.

⁴¹ *Ex multis*, Corte EDU, 15 dicembre 2016, ric. 16483/12, *Kblajfia e altri c. Italia*.

e ragionevolezza con cui giudica la condotta dello Stato – possono essere richiamati, come presidi rafforzati dei diritti delle persone vulnerabili, quegli indirizzi che reputano l'assoluta mancata presa in considerazione della condizione di vulnerabilità da parte delle autorità nazionali una carenza di per sé insuperabile, o che comunque impongono a queste ultime di allestire una dimensione anche partecipativa adeguata nei confronti di soggetti o gruppi vulnerabili all'interno del procedimento decisionale, politico o giurisdizionale che sia. Esemplificativi in proposito, oltre ai già citati casi di sgombero degli insediamenti abusivi *Gypsy*, sono i casi inerenti alla valutazione, in applicazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, del «livello minimo di gravità» del maltrattamento allorché siano appunto coinvolti soggetti vulnerabili⁴², ma anche quelli relativi alla violenza sessuale sui minori, nei quali la Corte contempla nei confronti dello Stato anche l'obbligo procedimentale di assicurare un'efficace repressione di siffatti reati mediante la conduzione di indagini e procedimenti giudiziari idonei⁴³.

Per quanto riguarda gli obblighi positivi di carattere sostanziale – essenziali alla effettività dei diritti di tutti e, a maggior ragione, dei diritti delle persone vulnerabili – basti qui richiamare tutto quell'apparato di compiti ed interventi, di stampo preventivo, che incombono sullo Stato in funzione, ad esempio, della protezione *ex art. 2 CEDU* del diritto alla vita e all'integrità fisica del soggetto vulnerabile da atti criminali altrui o anche da atti di autolesionismo⁴⁴. Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione al dovere di assicurare, ai sensi dell'art. 3 CEDU, che nessuno venga torturato o sottoposto a pene o trattamenti inumani e degradanti, dovere che – evidentemente – non si esaurisce in un obbligo di astensione ma comprende in realtà anche l'adozione, in via generale, di misure positive volte ad evitare il verificarsi di condotte di questo genere, risultando ancor più stringente quando entrano in gioco situazioni di vulnerabilità. Significativa in proposito è, ancora, la richiamata giurisprudenza sulle condizioni di detenzione o sul trattamento dei detenuti maggiormente vulnerabili, così come indicativi risultano i casi connessi alle condizioni di svolgimento del servizio militare rispetto alle reclute di leva⁴⁵ o agli abusi sessuali su minori, che impongono allo Stato l'allestimento di un sistema

⁴² Cfr., tra i tanti, Corte EDU, 9 aprile 2013, ric. 33759/10, *Iurcu c. Repubblica di Moldova*; 17 ottobre 2019, ric. 4633/15, *G.B. e altri c. Turchia*.

⁴³ Di recente, Corte EDU, 2 febbraio 2021, ric. 22457/16, *X e altri c. Bulgaria*.

⁴⁴ Per tutti, Corte EDU, 16 ottobre 2008, ric. 5608/05, *Renolde c. Francia*.

⁴⁵ V., ad esempio, Corte EDU, 21 gennaio 2014, ric. 48754/11, *Placi c. Italia*.

penale di repressione efficace sul piano normativo e della sua attuazione pratica⁴⁶.

Seppur incerto e poco battuto, merita di essere richiamato quell'indirizzo giurisprudenziale che declina il legame tra vulnerabilità e obblighi positivi – sostanziali o procedurali che siano – secondo una visione promozionale e di sostegno, anziché di sola tutela, che prende le mosse dalla realtà di una condizione socioeconomica di vulnerabilità. È il caso, più volte richiamato, delle operazioni di sgombero delle comunità Rom, in cui la Corte talvolta ravvisa in capo alle autorità anche l'esigenza di prospettare una sistemazione abitativa alternativa nei confronti dei soggetti particolarmente vulnerabili, ma anche quello dei rifugiati richiedenti asilo che versano in condizioni di povertà estrema, nei confronti dei quali, specialmente se minori, lo Stato deve assicurare condizioni materiali di vita quantomeno decenti e dignitose.

Il terzo ed ultimo orientamento, peraltro piuttosto radicato, coinvolge la controversa dottrina del *margin of appreciation*, ed in particolare la possibilità di una riduzione della discrezionalità nelle scelte imputate allo Stato dinnanzi a previsioni restrittive dei diritti fondamentali dei membri di un «gruppo vulnerabile» tradizionalmente discriminato, le quali in effetti – avverte la Corte – possono essere indice di uno stereotipo nello stesso legislatore e, per questo, devono essere sottoposte ad uno scrutinio molto rigoroso⁴⁷. Trattasi di un indirizzo dal chiaro intento antidiscriminatorio, che ha trovato ampio riscontro nella pratica, anche in ambiti in cui lo Stato gode di un amplissimo margine di apprezzamento⁴⁸, scorgendo nell'eguaglianza di genere una importante prospettiva di sviluppo dell'azione del Consiglio d'Europa⁴⁹.

6. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia

⁴⁶ Da ultimo, Corte EDU, 16 febbraio 2021, ric. 77587/12 e 74603/12, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*.

⁴⁷ Con particolare riguardo al divieto di discriminazione, v. F. Donati – P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea – A. Spadaro – L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; G.P. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, p. 165 ss.

⁴⁸ Cfr., di recente, Corte EDU, 24 ottobre 2019, ric. 32949/17 e 34614/17, *J.D. e A c. Regno Unito*; 15 febbraio 2022, ric. 26081/17, *Anatoly Marinov c. Bulgaria*.

⁴⁹ *Ex multis*, Corte EDU, 2 febbraio 2016, ric. 7186/09, *Di Trizio c. Svizzera*.

L'integrazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali ha certamente consentito agli orientamenti della Corte di Strasburgo in tema di protezione delle persone vulnerabili di riverberarsi ed influire nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale⁵⁰. Pur nella indubbia diversità dei ruoli e degli ordinamenti di riferimento, la tematica della effettività dei diritti delle persone vulnerabili – per come delineata dalla giurisprudenza convenzionale – evidenzia delle traiettorie interpretative ormai condivise al livello costituzionale e dell'Unione europea.

Per quanto concerne il contributo della Corte di giustizia al tema, esso risulta solo parzialmente rilevante giacché, in sostanza, limitato alla precisazione, per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale, della portata della normativa europea che ha direttamente impiegato la nozione di vulnerabilità. Tale contributo – in sintonia con l'impostazione seguita dalla Corte europea dei diritti, di cui sovente richiama gli indirizzi – dà conto di un'interpretazione della vulnerabilità da parte del giudice dell'Unione volutamente espansiva e sempre orientata alla garanzia di una più incisiva tutela verso il soggetto vulnerabile.

In questo senso, merita senz'altro di essere richiamato il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale in relazione alla posizione delle «vittime particolarmente vulnerabili» nel processo penale⁵¹, ma anche il contributo in materia di rimpatri ed asilo, con particolare riferimento ai minori, accompagnati o meno, nell'ottica del principio dell'interesse superiore del bambino. Sotto questo profilo, la leva della protezione del soggetto vulnerabile ha avuto modo di incidere sul diritto al ricongiungimento familiare⁵², sulla valutazione delle domande di protezione internazionale⁵³, sui limiti al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi ivi torturati

⁵⁰ Nel senso della integrazione tra gli ordinamenti e i relativi sistemi di protezione dei diritti, già S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 90 ss.

⁵¹ V. Corte giust., 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, nonché, in senso conforme, 21 dicembre 2011, C-507/10, X. Limitatamente al profilo in questione, v. D. Savy, *La tutela delle vittime dei reati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: un difficile equilibrio tra gli interessi della vittima vulnerabile ed i diritti dell'indagato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 762 ss.

⁵² Cfr. Corte giust., 12 aprile 2018, C-550/16, *A e S*; 16 luglio 2020, C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *Stato belga*.

⁵³ Con riferimento alle domande fondate sul timore di persecuzione in ragione dell'orientamento sessuale, Corte giust., 2 dicembre 2014, C-148/13 a C-150/13, *A*, punti

ma non più esposti a tale rischio⁵⁴, e più in generale sull'attuazione del sistema europeo comune di asilo⁵⁵.

La medesima impostazione di massima trova riscontro nel settore della politica sociale, specie rispetto al diritto al congedo di maternità per le donne gestanti, puerpere e in periodo di allattamento⁵⁶, così come in tema di organizzazione dell'orario di lavoro⁵⁷.

Esemplificativo, infine, è il caso dei consumatori di prodotti di tabacco rispetto al divieto di apporre etichettature di carattere promozionale sulle confezioni di questi prodotti, interpretato estensivamente anche in relazione ad informazioni materialmente esatte. E ciò, proprio in forza della qualificazione dei fumatori come «consumatori vulnerabili», presupposto che giustifica, nella visione della Corte di giustizia, tale più penetrante grado di protezione⁵⁸.

7. Le istanze della vulnerabilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Il fronte dei c.d. temi sensibili

Assai più interessante è il peso che assume la vulnerabilità nel diverso contesto del sindacato di costituzionalità. Gli ambiti più significativi della giurisprudenza costituzionale in cui interviene l'argomento della vulnerabilità sono ormai diversi. Anch'essi danno conto, nei loro tratti essenziali, di una visione comune con la Corte di Strasburgo.

Il primo ambito concerne i c.d. temi sensibili sul piano etico e morale, a cominciare dalla delicatissima materia del “fine vita”. Al netto delle numerose implicazioni sollevate sul piano sostanziale e processuale, l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, che della prima è la necessaria conseguenza⁵⁹, evidenziano un utilizzo dell'argomento

67 ss. Per un commento al riguardo, D. Mercadante, *La Corte di giustizia proibisce i cosiddetti test di omosessualità e precisa alcuni diritti dei richiedenti asilo perseguitati a causa dell'orientamento sessuale*, in *Forum Quad. Cost.*, 18 dicembre 2014.

⁵⁴ V. Corte giust., 24 aprile 2018, C-353/16, *MP*.

⁵⁵ Di recente, tra i diversi aspetti in considerazione, v. Corte giust., 19 marzo 2019, C-163/17, *Jano*; 12 novembre 2019, C-233/18, *Haqbin*; 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione/Ungheria*.

⁵⁶ Corte giust., 18 novembre 2020, C-463/19, *Syndicat CFTC*.

⁵⁷ Corte giust., 20 novembre 2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e a.*

⁵⁸ Corte giust., 4 maggio 2016, C-547/14, *Philip Morris Brands e a.*

⁵⁹ Sul tema la dottrina – non soltanto costituzionalistica – è sterminata. Tra gli ultimi contributi al riguardo, si rinvia al Seminario del Gruppo di Pisa, Torino 22 dicembre

della vulnerabilità che, nel solco di premesse condivise con la giurisprudenza della Corte europea in materia, appare spiccatamente orientato alla garanzia della libertà di autodeterminazione del malato irreversibile esposto a gravi sofferenze avvertite come intollerabili, mantenuto in vita da un trattamento artificiale di sostegno ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Emerge dunque chiara, in relazione alla libertà costituzionale di scelta delle terapie, o del loro rifiuto (artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost.), la finalità di salvaguardare l'autodeterminazione del malato che versa in questa particolarissima condizione di vulnerabilità, la cui considerazione ha peraltro già trovato accoglienza nella legislazione italiana⁶⁰.

Siffatta condizione di vulnerabilità rappresenta poi il presupposto in base al quale la Corte costituzionale calibra, sulla falsariga della citata legislazione, il verso e il contenuto dell'intervento additivo posto in essere, per la verità neanche prospettato dal giudice *a quo*, ed ancor prima giustifica il passaggio dalla prima pronuncia d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, seppur accompagnata dall'assegnazione al legislatore di un termine per intervenire, alla seconda pronuncia d'incostituzionalità, di stampo fortemente creativo, in cui il riferimento alla vulnerabilità configura, nel solco di un'accezione relativa e personale di dignità, un caso evidente di discostamento dalla dottrina delle "rime obbligate"⁶¹.

Completamente diverso è l'esito cui, attraverso l'argomento della vulnerabilità, la Corte costituzionale giunge con le pronunce sulle c.d. *escort*, ovvero sul fenomeno della prostituzione liberamente e consapevolmente esercitata (sentt. nn. 141 e 278 del 2019). In questo caso, le ragioni connesse alla più intensa protezione da assicurare alla situazione di vulnerabilità agiscono a scapito dei profili legati all'autodeterminazione, servendo

2022, *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

⁶⁰ Segnatamente, l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

⁶¹ Sul punto, *ex multis*, cfr. E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 310 ss.; F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 661 ss. Sulla connessione tra la tecnica decisoria avviata con la citata ord. n. 207 del 2018 ed il superamento delle c.d. "rime obbligate", cfr. R. Romboli, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, 2020, I, p. 2565 ss.; M. Ruotolo, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, 3, 2021, p. 58 ss.

piuttosto al giudice costituzionale proprio per superare le censure mosse alla legge Merlin.

Al di là delle obiezioni sollevate intorno al ricorso ad un'accezione in senso «oggettivo» di dignità e ad una più generale visione moralistica della prostituzione⁶², appare evidente come la tutela della vulnerabilità – calata dalla Corte nel quadro di un rapporto economico di scambio che pone la parte che si prostituisce in una situazione di debolezza e correttamente soppesata in funzione delle «condotte parallele» alla prostituzione, vero oggetto del sindacato di costituzionalità – rappresenti un intento legittimamente perseguito dal legislatore anche in relazione all'attività di *escort* giacché ravvisabile non tanto o soltanto nel momento della scelta d'intraprendere tale attività, che può in ipotesi anche essere libera e consapevole, quanto piuttosto nella possibilità di revocarla in concreto. Profilo, quest'ultimo, su cui di certo pesano proprio quelle condotte parallele poste in essere da terzi che, a ben vedere, agevolandone lo svolgimento, non appaiono per nulla disinteressati al mantenimento in essere di tale attività da parte delle *escort*, dalla quale traggono profitti e benefici, rendendo così la scelta inizialmente intrapresa un'opzione difficilmente reversibile⁶³.

L'argomento della vulnerabilità interviene poi in tema di surrogazione di maternità là dove la Corte costituzionale (sent. n. 33 del 2021) lo utilizza nel delicatissimo bilanciamento tra l'interesse primario del minore, nato tramite tale pratica, al riconoscimento di un legame giuridico di filiazione con il «genitore d'intenzione non biologico» e la finalità, legittimamente supportata da sanzione penale, di disincentivare il ricorso in sé alla surrogazione di maternità⁶⁴. Più in dettaglio, nel solco tracciato dalla Corte

⁶² In argomento, *ex multis*, R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum Quad. Cost.*, 26 novembre 2019, p. 5; B. Pezzini, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in A. Apostoli (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, p. 67.

⁶³ In questo senso, sia consentito il rinvio a P. Scarlatti, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, ora in M. Manetti – M. Siclari (a cura di), *Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale*, Roma, 2023, p. 137 ss.

⁶⁴ Cfr. F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture 'neutralizzanti' il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021; F. Rimoli, *Diritto all'omogenitorialità*, best interests of the child e famiglia "naturale": un problema ancora irrisolto, in *Giur. cost.*, 2021, p. 339 ss.

di Strasburgo, il giudice costituzionale non soltanto assegna alla vulnerabilità delle donne che versano «in situazioni sociali ed economiche disagiate», a fronte di accordi di maternità surrogata, un peso determinante nel bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, arrivando addirittura ad incidere sul dogma della preminenza dell'interesse del minore; ma dà altresì del concetto di vulnerabilità un'accezione particolarmente estesa, esplicitandone il nesso con il rispetto della dignità umana nella sua declinazione di significato come libertà di autodeterminazione. La portata di tale accezione, foriera di ampi margini di discrezionalità, non si limita infatti alla condizione soggettiva di gestante che ha intrapreso il percorso della surrogazione di maternità, ma coinvolge altresì il piano oggettivo delle condizioni di ordine economico e sociale, da verificarsi caso per caso. È dietro quest'ultime infatti che può nascondersi il rischio di uno sfruttamento della vulnerabilità tale da condizionare pesantemente la donna nella sua «decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»⁶⁵.

8. (segue) *Processo penale, detenzione e contrasto alla ludopatia*

La prospettiva dei diritti delle persone vulnerabili gioca un ruolo decisivo anche nella giustificazione, sul piano della legittimità costituzionale, di previsioni legislative eccezionali che derogano a regole e principi fondamentali del processo penale.

È il caso, per un verso, della scelta legislativa di estendere in maniera automatica alla persona offesa da una serie di reati a sfondo sessuale, alcuni dei quali allorché commessi in danno di minori, la garanzia del patrocinio a spese dello Stato a prescindere dalla situazione di non abbienza, dunque indipendentemente da ogni valutazione reddituale (sent. n. 1 del 2021)⁶⁶. Scelta legislativa fatta salva dal giudice costituzionale proprio in ragione della condizione di vulnerabilità in cui viene a trovarsi la persona offesa a fronte della particolare natura dei reati di cui è vittima. Questa, infatti, rende assolutamente ragionevole e non arbitrario l'automatismo legislativo in questione, introdotto appunto allo scopo di agevolare e sostenere sul piano

⁶⁵ Corte Cost., 28 gennaio 2021, n. 33, punto 5.1 del *Cons. in dir.*

⁶⁶ Per un commento della pronuncia, v. A. Gerosa, *Il patrocinio a spese dello Stato per le vittime vulnerabili: un istituto soltanto di diritto processuale?*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, p. 255 ss.; nonché, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 8 ss.

processuale la persona offesa, a cominciare dalla necessità di denunciare siffatte condotte criminali.

Ma è anche il caso, per altro verso, della dichiarazione di non fondatezza delle censure mosse alla disposizione del cod. proc. pen. che, in sostanza, equipara la testimonianza del minore persona offesa, sempre in relazione a reati riguardanti la sfera sessuale, a quella del minore mero testimone con riferimento all'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio (sent. n. 14 del 2021). Trattasi dunque di una disciplina derogatoria dei presupposti che governano la formazione anticipata della prova rispetto al dibattimento, che per la Corte si giustifica proprio in funzione della protezione della vulnerabilità del minore, la quale non si limita ad assicurare una tutela sul piano psicologico a fronte del suo coinvolgimento processuale, ma induce altresì ad una presunzione di «analoga condizione di vulnerabilità» tra il minore vittima del reato e il minore mero testimone che rende la scelta operata dal legislatore legittima e ragionevole, oltreché rispettosa della sfera di discrezionalità a lui riservata in materia⁶⁷.

L'argomento della vulnerabilità ricorre inoltre nella giurisprudenza costituzionale sui diritti dei detenuti⁶⁸. Esemplificativo è il caso delle limitazioni ai colloqui con i difensori per i detenuti sottoposti al regime penitenziario speciale di cui all'art. 41 *bis* (sent. n. 143 del 2013)⁶⁹. Benché espressione di un'esigenza di rango costituzionale legata alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza, ad avviso della Corte queste limitazioni non superano il vaglio di costituzionalità proprio in ragione del rilievo decisivo che la condizione di vulnerabilità derivante da questa speciale detenzione assume nella definizione, all'interno del bilanciamento tra la menzionata esigenza e il diritto di difesa del detenuto, del nucleo essenziale di quest'ultimo diritto che – in linea con la giurisprudenza convenzionale⁷⁰ – non può essere intaccato al punto da compromettere l'effettività della difesa tecnica.

⁶⁷ Per una ricognizione della giurisprudenza in proposito, N. Pascucci, *La testimonianza del minore nel processo penale*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2578 ss.

⁶⁸ In argomento, v. G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, p. 187 ss.; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, p. 1 ss.

⁶⁹ Sulla pronuncia in quesitone, tra gli altri, M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2176 ss.; F. Fiorentin, *Regime speciale del "41-bis" e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2180 ss.

⁷⁰ Tra le tante, v. Corte EDU, 27 novembre 2007, ric. 35795/02, *Asciutto c. Italia*; Corte EDU, 27 novembre 2007, ric. 58295/00 *Zagaria c. Italia*.

Altrettanto significativa è la pronuncia d'incostituzionalità con cui la Corte estende l'applicazione della detenzione domiciliare "in deroga", fino a quel momento riservata alla sola ipotesi di grave infermità fisica sopravvenuta, anche all'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena (sent. n. 99 del 2019). Anche in questo caso la Corte – oltre a riconoscere, in piena sintonia con la Corte di Strasburgo, l'esigenza di un'ancor più intensa tutela a fronte di una condizione in cui allo stato di detenzione si sovrappone l'infermità mentale grave – ricorre all'argomento della vulnerabilità per giustificare un intervento creativo che si colloca al di là degli argini posti dalle "rime obbligate", corroborando così un indirizzo interpretativo per il quale la loro applicazione, quando inerente ai diritti delle persone vulnerabili, diviene decisamente meno rigorosa⁷¹.

Analoga impostazione trova riscontro nella pronuncia sul trattamento, mediante assegnazione presso le residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza (REMS), degli autori di reato affetti da infermità psichica e socialmente pericolosi (sent. n. 22 del 2022). Pronuncia che, seppur d'innammissibilità, rende espliciti i profili di frizione con i principi costituzionali generati dall'operatività in concreto del sistema delle REMS e le sue conseguenti esigenze di riforma, da calibrarsi proprio in ragione delle «ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, particolarmente vulnerabili proprio in ragione della loro malattia»⁷². Tali esigenze di tutela della vulnerabilità, più precisamente, si riflettono sul piano interno là dove, rispetto all'uso legittimo della contenzione all'interno delle REMS, la Corte riconosce negli artt. 13 e 32, co. 2, Cost., opportunamente letti in combinazione con l'art. 2 Cost., i presupposti di una necessaria assunzione di responsabilità da parte dello Stato, mentre ribadiscono sul piano sovranazionale la sintonia di massima con gli orientamenti della Corte di Strasburgo⁷³.

⁷¹ Sul punto, v. F. Siracusano, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1113-1114.

⁷² Corte cost., 16 dicembre 2021, n. 22, punto 5.3.2 del *Cons. in dir.* Per una disamina della pronuncia, G. Monaco, *REMS: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un'ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, p. 274 ss.

⁷³ In proposito, da ultimo, Corte EDU, *Sy c. Italia*, cit., su cui, per un approfondimento nell'ottica della vulnerabilità, P. Scarlatti, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, p. 533 ss.

Merita infine di essere richiamato il nuovo indirizzo giurisprudenziale sulla disciplina dei giochi leciti (sentt. nn. 300 del 2011, 108 del 2017 e 27 del 2019) in virtù del quale, diversamente dal passato, la Corte costituzionale ha iniziato a distinguere all'interno della materia, regolarmente inquadrata nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, co. 2, lett. b), Cost.*, profili di disciplina particolari rispetto ai quali, in considerazione di finalità ulteriori alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico, l'esercizio della funzione legislativa da parte delle Regioni è da ritenersi in realtà legittimo, oltretutto opportuno⁷⁴. Ebbene tra queste finalità il giudice costituzionale ha anzitutto inserito, in un'ottica di prevenzione e contrasto della ludopatia, proprio la tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili della società, riconoscendo così, nel tempo, la conformità costituzionale d'interventi legislativi regionali più stringenti, adottati su aspetti specifici della materia, in quanto ascrivibili, per il tramite della tutela delle persone vulnerabili al gioco d'azzardo patologico, nell'ambito di finalità socio-sanitarie connesse in realtà alla materia concorrente «tutela della salute».

9. Attivismo giudiziale e ruolo del legislatore: l'attualità della Costituzione repubblicana nella delimitazione della vulnerabilità

La vicenda dei diritti delle persone vulnerabili evoca senz'altro scenari e sfide affascinanti, ma anche criticità rispetto alla tenuta di determinati principi costituzionali. Se da un lato, in effetti, essa si configura come un tentativo di rispondere ad istanze estreme ed inedite di fragilità che non possono rimanere inavase giacché afferenti ai compiti tradizionali del costituzionalismo, dall'altro ripropone, su basi nuove, la questione del rapporto tra ruolo del legislatore nel contesto dello Stato costituzionale e prerogative dei giudici. La vicenda in esame è infatti indice chiaro del crescente protagonismo acquisito in questo campo dal diritto giurisprudenziale a discapito del diritto politico.

Ebbene due paiono i principali versanti problematici di questa vicenda: il primo riguarda la garanzia della certezza e prevedibilità del diritto e coinvolge tanto la realtà di una pratica giurisprudenziale che, nell'ottica della effettività e del metodo casistico, ricorre ad una concezione aperta di

⁷⁴ In argomento, da ultimo, M. Rospi, *Il nuovo assetto costituzionale della materia di giochi e scommesse tra competenza dello Stato e competenza delle Regioni e degli altri Enti locali alla luce del principio di proporzionalità*, in *federalismi.it*, 29, 2020, p. 171 ss.

vulnerabilità, quanto la natura stessa degli assetti “multilivello” che nel corso degli ultimi decenni si sono andati plasmando nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti ed in relazione ai quali – non a caso – la tutela delle persone vulnerabili ha trovato radicamento.

Il secondo versante problematico si lega invece al rischio di un uso in senso paternalistico della vulnerabilità da parte delle Corti, ossia che tale nozione possa rappresentare il veicolo per l’ingresso di un nuovo paternalismo per via giudiziaria. Circostanza che assume particolare rilievo a fronte della realtà di un giudizio caso per caso che si realizza mediante opzioni e preferenze definite necessariamente da scelte di valore.

Rispetto a queste problematiche risulta senz’altro utile ragionare sul rinvigorismento degli obblighi motivazionali da parte delle Corti o sulla valorizzazione della intermediazione del legislatore e del vincolo alla norma positiva affinché l’attivismo giudiziale si ponga almeno in sintonia con il quadro normativo di riferimento e con gli indirizzi di politica legislativa di cui è espressione. Ma, soprattutto, appare necessario recuperare una lettura della vulnerabilità secondo un approccio costituzionale e laico, che non lasci al giudice l’onere di farsi carico di un intervento spesso imposto o comunque indotto dall’inerzia del decisore politico. Viceversa, la problematica dei diritti delle persone vulnerabili disvela l’esigenza, fondamentale e di grande attualità per il diritto costituzionale, di una imprescindibile responsabilizzazione delle istituzioni politiche, i cui presupposti peraltro già vivono nel tessuto e nello spirito della Costituzione repubblicana.

ABSTRACT: The essay investigates the constitutional grounds of vulnerability in the light of the case-law of the European Courts of Rights. Furthermore, the essay dwells on the constraints led by such supranational case-law into the most recent Constitutional Court jurisprudence on the rights of vulnerable individuals.

KEYWORDS: vulnerabilità – soggetti deboli – Corte Edu – Corte di giustizia – giurisprudenza costituzionale

Paolo Scarlatti

Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale

Paolo Scarlatti – Professore associato di Diritto costituzionale
nell'Università degli Studi "Roma Tre" (paolo.scarlatti@uniroma3.it)