

SOMMARIO 3/2015

saggi

Franco Modugno, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”* 461

Alessio Rauti, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni* 503

osservatorio

Marta Caredda, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa* 529

Maria De Benedetto, *Povertà, mobilità sociale e regole del gioco* 551

Roberta Lugarà, *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo* 565

attualità

Patrizio Ivo D'Andrea, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)* 613

recensioni

Simone Scagliarini, *Privacy: un diritto inesistente? Riflessioni a margine di Michele Bocchiola, Privacy. Filosofia e politica di un concetto inesistente, Roma 2014* 639

ABSTRACT

Franco Modugno, *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme alla Costituzione”*

Il Saggio analizza il complesso rapporto fra Corte costituzionale e giudici comuni nell'attività di interpretazione delle leggi in senso conforme a Costituzione, in particolare dall'angolo prospettico dell'interpretazione conforme a principi costituzionali.

Posto che la costruzione ed individuazione di questi ultimi spetta alla Corte costituzionale, l'Autore sottolinea come ciò però non escluda che l'operazione di interpretazione conforme possa ritenersi condivisa da tutti i giudici dell'ordinamento, sviluppando le fondamentali teoriche di tale affermazione. Tanto precisato, l'Autore delimita poi i rispettivi compiti, valutando le insuperabili differenze fra interpretazione conforme e disapplicazione della legge, nonché, ma criticamente, il cd. limite testuale dell'interpretazione conforme.

Le premesse teoriche così tracciate consentono di affrontare quindi il particolare rapporto fra interpretazione conforme e analogia, muovendo dallo studio dei casi relativi alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere e, più in generale, agli automatismi legislativi. Le sentenze, additive di principio, pronunciate dalla Corte costituzionale nei casi di specie, hanno infatti aperto all'eventualità che, alla dichiarazione di incostituzionalità di un principio ed alla sua “sostituzione” con uno differente, consegua la disapplicazione delle leggi che si poggiano sul primo, ossia la loro interpretazione conforme al “nuovo” principio.

Tali delicate problematiche vengono analizzate dall'Autore in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale che è intervenuta sui requisiti di ammissibilità delle ordinanze di remissione, avvicinando sempre più il giudizio di non manifesta infondatezza della questione alla richiesta di dimostrazione di un convincimento del giudice *a quo* circa l'incostituzionalità della legge.

At the Bottom of the Theory of “Interpretation in Conformity with the Constitution”

The essay analyses the complex relationship between the Constitutional court and ordinary judges in the interpretation of the law in conformity with the Constitution, from the particular perspective of the interpretation consistent with constitutional principles.

Given that the construction and identification of the matters is up to the Constitutional Court, the Author stresses that it does not exclude, however, that the operation of consistent interpretation may be considered shared by all the judges of the legal system, developing the theoretical foundations of this claim. That specified, the Author defines the respective tasks of each judge, evaluating the insurmountable differences between consistent interpretation and non-application of the law, and, critically, the so called textual limit of the consistent interpretation.

The theoretical premises outlined allow then to address the particular relation between consistent interpretation and analogy, moving from case studies related to the absolute presumption of adequacy of pre-trial detention and, more generally, to legislative automatisms. The judgments of the Constitutional court in the referred cases, in fact, have prospected the eventuality that the declaration of unconstitutionality of a principle, and its “replacement” with a different one, may lead to the non-application of laws that were based on the first, through their interpretation in conformity with the “new” principle.

Such delicate issues are analysed by the Author in connection with the constitutional case law that decided about the eligibility of referral ordinances, drawing the judgment of non manifest groundlessness of the question closer and closer to a demonstration, by the referring judge, of a conviction about the unconstitutionality of the law.

Alessio Rauti, *La persona umana fra totalitarismo e Stato costituzionale. Prime riflessioni*

La transizione dai totalitarismi del novecento allo Stato costituzionale è caratterizzata dal riconoscimento della facilità con cui l'uomo può cadere preda delle passioni ed un intero popolo smarrire il senso del giudizio morale. Tale consapevolezza diviene un fattore essenziale per ogni processo di fondazione di sistemi democratici capaci di preservare e difendere la dignità della persona. In tal senso, il riconoscimento del carattere necessariamente *limitato* di qualsiasi presunto potere sovrano – ivi compreso (o forse proprio a partire da) quello popolare – diventa il punto di partenza imprescindibile per una democrazia *costituzionale* (appunto: *liberal democratica*). In essa, infatti, non solo si individua il *metodo* della decisione politica (la democratica regola di maggioranza), ma anche il limite di *competenza* (e, infine, di *legittimità*) del decisore, ovvero il complesso di vincoli che, secondo il liberalismo, devono valere per qualsiasi tipo di potere politico, democratico o autocratico. E, a differenza di quanto può insegnare la nota metafora di Ulisse, la democrazia costituzionale è sempre in viaggio: fin tanto che la forza del fatto non si abatterà irreversibilmente sulle istituzioni esistenti travolgendole, l'*eccezionalità* dell'emergenza dovrà essere affrontata con l'*ordinarietà* dell'equilibrio costituzionale.

Human Person between Totalitarianism and Constitutional State. First Reflections

The transition from the totalitarian regimes of the twentieth century to the Constitutional State is characterized by the recognition of the ease with which man can fall prey to the passions and an entire people lose the sense of moral judgment. This awareness becomes an essential element in any process of establishment of democratic systems able to preserve and defend the dignity of the person. The recognition of the limits inherent to any “sovereign” power, included *popular* sovereignty, becomes then the starting point of “constitutional” democracy (*i.e.*: liberal democracy). In fact, the aforesaid limits not only identify the *method* for political decision-making (the democratic majority rule), but also delimit the *authority* (and, thus, the *legitimacy*) of the decision-maker, namely the complex of constraints that, according to liberal theory, must curb any kind of political power, democratic or autocratic. Despite of the meaning of the well-known metaphor of Ulysses, constitutional democracy is always “on the road”: as long as “facts” do not crash on the existing institutions, the exceptional nature of the emergency must be tackled with the ordinariness of “constitutional balance”.

Marta Caredda, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa*

Il saggio affronta le problematiche conseguenze della separazione tra politica macroeconomica (affidata all'Europa) e politica sociale (di competenza degli Stati membri), affermando la necessità di effettuare il difficile bilanciamento tra rigore finanziario ed esigenze di solidarietà non solo nei contesti nazionali ma anche in quello europeo. L'Autrice individua alcune strade che potrebbero percorrersi per la promozione di garanzie sociali effettive in seno all'U.E., con uno sguardo alle posizioni che potrebbero assumere le Corti (europea e nazionali) qualora esse continuino a non rivelarsi tali; dedica, poi, uno spazio anche al ruolo che il cittadino potrebbe avere in tale ambito attraverso lo strumento dell'iniziativa legislativa.

A Social Responsibilization for European Union

The paper analyses the difficult balance between the new national budget constraints – the solution to face the financial crisis – and the protection of social rights in the European context. The European measures reflect on Welfare systems sustainability: to be coherent with the promised protection of social rights (art. 4, 5, 9 TFEU), the Union should undergo a process of “social responsibilization”. It may take different forms that the A. tries to identify. One should also consider the direct citizens’ initiative, in accordance to the Regulation 211/2011 procedure, as a way to stimulate European social intervention.

Maria De Benedetto, *Povert , mobilit  sociale e regole del gioco*

Le politiche pubbliche di contrasto alla povert  sono state caratterizzate in passato da un duplice atteggiamento delle istituzioni. Da un lato, queste hanno perseguito il miglioramento delle condizioni di vita delle fasce di popolazione meno abbienti, insieme con obiettivi di mobilit  sociale. Dall'altro, hanno marginalizzato e burocratizzato la condizione di povert  la quale produce inevitabilmente anche insicurezza (affrontata in una logica di ordine pubblico) e inevitabilmente richiede prestazioni di sostegno (erogate in via amministrativa, al di fuori di un contesto di relazione).

I tradizionali strumenti del welfare, resi rigidi da un consunto impianto regolatorio e amministrativo e indeboliti dalla riduzione delle risorse finanziarie disponibili, non sembrano oggi pi  capaci di assicurare un efficace contrasto alla povert  n  di conseguire mobilit  sociale. Anzi, i pubblici poteri sembrano talvolta agire con durezza, ambiguit  o inettitudine, perseguendo politiche che – nel momento della loro formulazione – non considerano adeguatamente i propri possibili effetti.

Poverty, Social Mobility and Rules of the Game

Public policies to combat poverty have been characterised, in the past, by a double institutional approach. On one side, institutions have aimed to improve the life-style of the poor and to achieve their social mobility. On the other side, they have marginalised the condition of poverty which has been brought into bureaucratic mechanisms. Poverty, in fact, produces the need for public order activities and for various kinds of financial aid.

Traditional welfare – which has been made rigid by inadequate regulation and enforcement and weakened by a reduction of available financial resources – seems to be no longer capable of effectively combating poverty nor of achieving social mobility. Rather, public authorities sometimes seem to be too severe, ambiguous and unfit by adopting policies which do not sufficiently take into consideration their own possible consequences.

Roberta Lugar , *Dall'umanizzazione del diritto penale alla penalizzazione dei diritti umani. Vittima e obblighi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Il contributo propone un'esame critico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha condannato gli Stati contraenti per non aver garantito un'adeguata tutela penale alle vittime di gravi violazioni dei diritti fondamentali attraverso l'introduzione, nei rispettivi ordinamenti, di fattispecie incriminatrici o di pene sufficientemente severe. L'articolo si propone di verificare la compatibilit  dell'individuazione in via interpretativa di obblighi di crimina-

lizzazione con la struttura del giudizio innanzi la Corte e con i principi sanciti dalla Convenzione in materia di diritto penale. Si analizzano poi i potenziali effetti della giurisprudenza in esame in termini di irrigidimento ed estensione dell'area del penalmente rilevante e di allontanamento delle scelte di criminalizzazione dal dibattito democratico e dal procedimento critico-dialogico proprio della teoria del "bene giuridico".

From the "Humanization" of Criminal-Law to the "Criminalization" of Human Rights. Victim and Criminal-Law Protection in the ECHR's Case Law

This paper offers a critical analysis of the European Court of Human Rights' case law on criminal-law protection of victims of core violations of fundamental rights. The Court of Strasbourg identifies criminal-law provisions and proportionate punishment as mandatory measures the States are bound to comply with in order to achieve effective deterrence. The recognition of such obligations appears inconsistent with the structure of the proceedings before the European Court of Human Rights and in potential contrast with the conventional principles on criminal law. Moreover, the development of this case law could lead to a departure of criminal policy from the democratic debate and to the extension of the punitive powers of the States driven by a merely symbolic use of criminal law.

Patrizio Ivo D'Andrea, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*

L'articolo ripercorre la vicenda della commercializzazione e della dispensazione a cura del Servizio sanitario nazionale (anche *off label*) dei farmaci Avastin e Lucentis, al fine di illustrare come il legislatore, la pubblica Amministrazione e la giurisprudenza amministrativa e costituzionale abbiano affrontato il tema dell'impiego *off-label* dei farmaci nella prospettiva del contenimento della spesa farmaceutica pubblica. Dopo aver esaminato l'evoluzione della legislazione e della prassi seguita dalle Amministrazioni pubbliche (segnatamente AIFA e AGCM) e il contenzioso amministrativo e costituzionale che ne è seguito, l'articolo esamina i benefici e i rischi connessi alla scelta di impiegare i farmaci *off-label* ai fini del contenimento della spesa sanitaria (in tema di diritti, prerogative e responsabilità dei pazienti, dei soggetti che si sottopongono alla sperimentazione scientifica, dei medici e dei ricercatori).

Off-Label Drug Prescription and Public Health Care Cost Management (Some Notes on the Avastin-Lucentis Case)

This paper examines the commercialization and on- and off-label prescription of Avastin and Lucentis pharmaceutical drugs in the Italian public health care system, in order to show how the legislator, the administration and the courts

deal with the use of off-label drugs as an instrument to reduce and monitor public health care costs. Risks and benefits of off-label prescription as a budget tool are evaluated in a framework, which encompasses patients' rights and doctors' and researchers' liability, especially during clinical trials.