



Saluto a Nicolò Zanon

Farewell speech for Nicolò Zanon

FRANCESCO VIGANÒ

Giudice della Corte costituzionale

Professore ordinario di diritto penale

Università Bocconi

francesco.vigano@unibocconi.it

ABSTRACT

Discorso di commiato al professore Nicolò Zanon pronunciato in occasione della conclusione del suo mandato di Giudice costituzionale (2014-2023).

Farewell speech for professor Nicolò Zanon delivered on the occasion of the end of his term as Constitutional Judge (2014-2023).



DOI: 10.54103/milanlawreview/22181

MILAN LAW REVIEW, Vol. 4, No. 2, 2023

ISSN 2724 - 3273

Il contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo (doppio cieco)

This paper has been subjected to double-blind peer review

Saluto a Nicolò Zanon

Vorrei affidarmi a sei parole chiave, con le quali cercherò di afferrare alcune delle cifre della personalità di Nicolò Zanon, quali emergono dalle sue numerose sentenze, ma anche dal suo davvero imponente contributo nelle discussioni in camera di consiglio. Una personalità, lo anticipo subito, ricca di *nuances* e di sfaccettature tra loro apparentemente contraddittorie che spiazzano, a volte, l'interlocutore, ma che denotano in verità la grandezza di un giudice, che ha sempre a che fare con una realtà irrimediabilmente complessa.

* * *

La **prima** parola chiave che mi si è affacciata alla mente nel preparare questo saluto è "**testo**". Per Nicolò – che non a caso riconosce tra le sue principali fonti di ispirazione la controversa, ma gigantesca figura di Antonin Scalia – il testo è il punto di partenza e di arrivo di ogni pensabile interpretazione: della legge ordinaria così come delle norme costituzionali.

Quante volte abbiamo sentito Nicolò, in camera di consiglio, opporsi a proposte di sentenze interpretative di rigetto che a suo avviso forzavano i limiti della *littera legis*, e perorare invece la necessità di intervenire con lo strumento, a noi proprio, della sentenza di *accoglimento*. E ciò anche in chiave di difesa delle attribuzioni della Corte costituzionale rispetto a quelle del giudice comune, che l'art. 101, secondo comma, Cost. vuole sia soggetto alla legge – e dunque, in primo luogo, a ciò che la legge dice nel suo testo.

Eppure, Nicolò è ben consapevole che quello letterale non è l'unico canone ermeneutico, né è in grado di per sé di offrire risposte univoche all'interprete.

All'interno del recinto rappresentato dalla compatibilità con il testo, Nicolò è pronto a utilizzare l'ampio margine di manovra offerto all'interprete dagli ordinari criteri ermeneutici, e dal canone dell'*interpretazione costituzionalmente orientata* in particolare. Lui stesso ne offre prova costante attraverso le proprie sentenze. Un esempio per tutti, la recente sentenza sui colloqui tra detenuto in regime di 41-bis e figli minori, nella quale scrive che «l'impiego del vetro divisorio [...] non è [...] imposto dal testo della disposizione primaria» censurata, sicché l'interpretazione che permette ai detenuti di avere contatti fisici con i propri figli «è compatibile con il dato testuale, e ne consente una lettura adeguata ai parametri costituzionali evocati. Contestualmente, permette di valorizzare la *ratio* della disposizione stessa, [che impone] di considerare legittime le sole restrizioni funzionali a garantire l'inderogabile esigenza di prevenire ed impedire i

collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà» (sentenza n. 105 del 2023). Un esempio luminoso, mi verrebbe da dire, di interpretazione teleologica vivificata dai principi costituzionali, che si dispiega entro i limiti consentiti dal testo della disposizione.

Rispetto poi all'interpretazione delle norme costituzionali un esempio mostra per tutti come il suo approccio testualista sappia – saggiamente – rifuggire da ogni dogmatismo. L'art. 68, terzo comma, Cost. richiede l'autorizzazione della camera di appartenenza per sottoporre il parlamentare a "intercettazioni" di conversazioni o comunicazioni. Un giudice rimettente dubitava che fosse possibile ricondurre a questa espressione i cosiddetti "tabulati", ossia i dati relativi alle utenze telefoniche con le quali il parlamentare ha avuto contatti, che nulla dicono sul contenuto delle conversazioni stesse. Ebbene, nella sentenza n. 38 del 2019, Nicolò motiva con grande finezza una interpretazione dichiaratamente volta a *estendere* la garanzia costituzionale secondo la sua *ratio* di tutela dell'autonomia e indipendenza decisionale delle camere, facendosi carico al tempo stesso del non banale compito di mostrare la compatibilità del risultato ermeneutico con il significato letterale delle parole utilizzate dal legislatore costituzionale. Scrive in effetti in quella sentenza che «[i]l duplice riferimento, nell'art. 68, terzo comma, Cost., a "conversazioni o comunicazioni", induce a ritenere che al contenuto di una conversazione o di una comunicazione, siano *accostabili*, e risultino perciò protetti dalla garanzia costituzionale, anche i dati puramente storici ed esteriori, in quanto essi stessi "fatti comunicativi". Del resto, il termine "comunicazioni" ha, tra i suoi comuni significati, quello di "contatto", "rapporto", "collegamento", evocando proprio i dati e le notizie che un tabulato telefonico è in grado di rilevare e rivelare». Il testo viene così acutamente riconciliato con una lettura spiccatamente *teleologica* e, a conti fatti, *evolutiva* della norma. Chissà se Scalia sarebbe mai giunto al medesimo risultato.

Ancora, il richiamo costante al testo non equivale affatto, nel *modus operandi* di Nicolò, a ignorare che tra l'interprete e il testo stanno tutti i *precedenti* con cui la giurisprudenza – comune e costituzionale – quel testo ha già interpretato e applicato. Quante volte abbiamo sentito Nicolò, in camera di consiglio, ripetere che la continuità con i nostri precedenti è condizione essenziale per la legittimazione delle nostre decisioni; e quante volte lo abbiamo sentito ricostruire con pazienza e precisione la nostra giurisprudenza sul tema di volta in volta in discussione, dalla quale ci invitava in genere a non discostarci anche quando, personalmente, avrebbe preferito una diversa soluzione. Ed è significativo, mi pare, che nella prima delle tre occasioni in cui ha chiesto di essere esonerato dalla scrittura di una sentenza (la n. 164 del 2020), il suo dissenso nascesse da quella che egli riteneva essere stata una insufficiente attenzione prestata dalla Corte ai propri

precedenti in materia, che avrebbero dovuto condurre – a suo avviso – a una diversa soluzione.

* * *

La **seconda** parola chiave che mi pare ben descrivere l'approccio di Nicolò alla giustizia costituzionale è "**limite**". Compito essenziale della Corte costituzionale, nella sua prospettiva, è assicurare che nessun potere – statale o regionale – esondi dai limiti, e dalle attribuzioni, fissate dalle norme costituzionali.

Questa sensibilità per il limite emerge in maniera emblematica in due sue importanti sentenze in materia di conflitti tra poteri, che vedevano come protagonista il potere giudiziario. La prima, la sentenza n. 52 del 2016, in cui fu annullata – in esito a un'accurata esegesi dell'art. 8, terzo comma, Cost. – una sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, che aveva riconosciuto alla giurisdizione amministrativa la competenza a sindacare il rifiuto del Presidente del Consiglio dei Ministri di avviare trattative per la stipula di un'intesa con l'Unione Atei e Agnostici Razionalisti: la decisione se stipulare l'intesa con una determinata confessione religiosa è, scrive la Corte, decisione di esclusiva spettanza del Governo, sindacabile soltanto in sede parlamentare ma non giurisdizionale. Nella successiva sentenza n. 229 del 2018 la Corte, per bocca di Nicolò, difende invece l'attribuzione costituzionale del pubblico ministero stabilita dall'art. 109 Cost.; e conseguentemente annulla – su ricorso di un Procuratore della Repubblica – una disposizione di legge che imponeva a ufficiali e agenti di polizia giudiziaria di informare i propri superiori delle indagini di cui fossero stati incaricati.

Tra i limiti segnati dalla Costituzione si collocano altresì, in posizione eminente, i *limiti agli stessi poteri della Corte*, al cui rispetto Nicolò ci ha in tutti questi anni continuamente richiamati. Limiti che derivano, anzitutto, dall'osservanza rigorosa delle norme (costituzionali e ordinarie) sul processo costituzionale, e che si sostanziano in particolare, nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, nella circoscrizione dell'oggetto del nostro giudizio alla disposizione censurata e ai parametri evocati dall'atto introduttivo; il che comporta per la Corte la necessità di resistere alla tentazione di rendere "giustizia costituzionale" estendendo il proprio sindacato a profili estranei a quegli specifici parametri, ovvero a estenderne l'oggetto a disposizioni non censurate, al di fuori dei rigorosi limiti dettati dall'art. 27 della legge n. 87 del 1953 e ai casi eccezionali di autorimessione; e ancora di resistere alla tentazione di creare, con dispositivi *monstra*, complesse discipline normative, che solo il legislatore ha la necessaria legittimazione istituzionale e politica per introdurre. Limiti tra i quali, peraltro, non rientra nei giudizi incidentali – e Nicolò ce lo ha spesso rammentato – il cosiddetto *petitum*, istituto di creazione pretoria ma sfornito di base normativa, spettando invece alla

Corte l'individuazione del *rimedio* una volta accertato il *vulnus* ai parametri evocati.

* * *

Ma i limiti che forse stanno più a cuore a Nicolò, coerentemente con il suo animo di autentico liberale, sono – ed è la mia **terza** parola chiave – le **garanzie** dettate dalla Costituzione a tutela dell'*individuo* contro *l'uso eccessivo del potere pubblico*, in tutte le sue molteplici articolazioni. Non è un caso che, nelle due altre occasioni in cui Nicolò ha rinunciato alla redazione della sentenza nei casi in cui era relatore, il suo dissenso concernesse quella che lui riteneva essere stata un'insufficiente tutela, da parte della Corte, di garanzie individuali riconosciute dalla Costituzione: il principio di legalità in materia penale, in un caso (sentenza n. 278 del 2020), e la riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, nell'altro (sentenza n. 171 del 2023).

In molte altre occasioni, invece, Nicolò ha convinto la Corte della necessità di intervenire con fermezza a tutela di garanzie e diritti fondamentali. Emblematica la recente sentenza n. 2 del 2023, in cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma del codice antimafia che, nella lettura offertane dal diritto vivente della Corte di cassazione, consentiva al questore di vietare l'uso di telefoni cellulari a persone definitivamente condannate per delitti non colposi. È «difficile pensare», scrive perspicuamente in quella sentenza, «che il divieto di possesso e uso di un telefono mobile – considerata l'universale diffusione attuale di questo strumento, in ogni ambito della vita lavorativa, familiare e personale – non si traduca in un limite alla libertà di comunicare». Anche perché, prosegue sornione l'estensore, «rivelerebbe [...] un senso d'irrealtà l'obiezione per cui la libertà di comunicare, privata del telefono mobile, ben potrebbe ancora oggi essere soddisfatta attraverso mezzi diversi, come gli apparati di telefonia fissa». Dal che l'inevitabile conseguenza, tratta con parole lapidarie, meritevoli di essere trascritte tali quali sul suo futuro manuale di diritto costituzionale: «le esigenze di prevenzione e difesa sociale ben possono giustificare [...] misure restrittive, e queste possono incidere anche su diritti fondamentali. Ma proprio ove ciò accada le garanzie costituzionali reclamano osservanza. Nel caso della disposizione censurata ciò non avviene: la misura limitativa non è disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria, bensì, direttamente, dall'autorità amministrativa». Il che è frontalmente incompatibile con il testo dell'art. 15 Cost.

Una autentica valanga di sentenze redatte da Nicolò ha poi ad oggetto la tutela dei *detenuti* contro gli eccessi del potere punitivo: il che è tanto più rimarchevole a fronte della sua contrarietà, più volte pubblicamente manifestata, al "Viaggio nelle carceri" compiuto da molti di noi prima della pandemia. Sua è la sentenza n. 253 del 2019 sui permessi premio ai condannati per reati ostativi non

collaboranti, seguita poi dall'ordinanza n. 97 del 2021 che ha di fatto dischiuso la possibilità di una liberazione condizionale in favore degli stessi condannati, bollando quale incostituzionale la preclusione assoluta stabilita dall'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Sue sono varie sentenze che hanno potenziato le possibilità di coltivare rapporti tra detenuti e figli minori (n. 76 del 2017 e 174 del 2018), tra cui quella poc'anzi citata sul vetro divisorio. Sue, soprattutto, le sentenze che hanno disegnato lo statuto della sostenibilità costituzionale del regime di carcere duro di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario, in nome di quel principio di umanità della pena iscritto nell'art. 27, terzo comma, Cost. – spesso trascurato in favore dell'altro principio della finalità rieducativa –, che si oppone a ogni limitazione dei diritti della persona ulteriore a quella già conaturata alla pena detentiva che non si lasci giustificare, almeno, per la sua stretta funzionalità al perseguimento delle specifiche finalità di tutela perseguite dal regime di cui all'art. 41-bis (sentenze n. 186 del 2018 sul divieto di cuocere cibi, n. 96 del 2020 sul divieto di scambiare oggetti, n. 107 del 2021 sul regime del 41-bis per gli internati in case agricole o di lavoro, nonché la già citata n. 105 del 2023 sul vetro divisorio).

* * *

Non so se Nicolò, che ama definirsi ed è comunemente considerato come un conservatore, si riconoscerebbe nella mia **quarta** parola chiave, che è “**innovazione**”. In effetti Nicolò è stato un protagonista, o quanto meno un attore fondamentale, di alcune delle innovazioni più significative nella giurisprudenza e nel complessivo *modus operandi* della Corte.

Alcune sue sentenze hanno, anzitutto, fornito un contributo fondamentale a consolidare e raffinare l'uso, da parte della Corte, del canone della *proporzionalità*, inteso come distinto da quello – con cui la nostra Corte ha tradizionalmente operato – di ragionevolezza. Penso alla monumentale sentenza n. 35 del 2017, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di due disposizioni della legge elettorale cosiddetta “Italicum”: sentenza già di per sé rimarchevole in quanto confermativa dell'ammissibilità di questioni incidentali su leggi elettorali, sulla scorta del precedente – esso stesso fortemente innovativo – rappresentato dalla sentenza n. 1 del 2014. Ebbene, nella sentenza sull’“Italicum” il nostro estensore colpisce in particolare la disposizione sul premio di maggioranza censurando l'eccessivo sacrificio da essa prodotto rispetto ai «principi costituzionali di rappresentatività e di uguaglianza dei voti, trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta», con conseguente *vulnus* al principio di proporzionalità rispetto al pur legittimo scopo perseguito di assicurare la stabilità di governo.

Nella successiva sentenza n. 20 del 2019, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale parziale di una norma che imponeva la pubblicazione di dati

personali di tutti i titolari di incarichi dirigenziali, il test di proporzionalità viene espressamente enunciato nella sua forma “classica”, consolidata presso molte giurisdizioni costituzionali contemporanee e nelle stesse giurisprudenze delle due Corti europee, e quindi viene puntualmente applicato alla disposizione censurata, sulla base anche di ampie citazioni di sentenze di queste due Corti. Ciò che conduce la Corte a riconoscere la legittimità della finalità di trasparenza perseguita dalla legge, e al tempo stesso a rilevare il carattere eccessivo dell’obbligo da essa imposto, in ragione del difetto di idoneità della misura rispetto allo scopo e della sua agevole sostituibilità con misure alternative meno incisive sui diritti fondamentali in gioco.

La sentenza n. 20 del 2019, d’altra parte, si segnala per un altro essenziale profilo di innovatività, e cioè per essere stata la prima pronuncia con cui la Corte ha dato concreto seguito allo storico *obiter* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, con cui si era di fatto inserita la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel *bloc de constitutionnalité*. Con l’occasione la Corte ha fugato anche una serie di fraintendimenti che quella prima pronuncia aveva (ingiustamente) suscitato: quella possibilità è stata qui precisata e meglio definita, attraverso la felice immagine – poi sempre ripetuta nelle decisioni successive – di un «concorso di rimedi giurisdizionali», che «arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione».

Ancora, è a firma di Nicolò la terza ordinanza (la già citata n. 97 del 2021) con cui la Corte fa uso della innovativa tecnica, sperimentata per la prima volta nel caso Cappato, del *rinvio a data fissa dell’udienza* per consentire al legislatore di intervenire a sanare un *vulnus* già accertato dalla Corte – intervento, questa volta, in effetti verificatosi, a differenza di quanto era accaduto nelle due precedenti occasioni.

È a firma di Nicolò la sentenza n. 236 del 2016, che ha per la prima volta svincolato il giudizio di *proporzionalità della pena* dalla necessità, per il giudice remittente, di individuare un preciso *tertium comparationis* al metro del quale denunciare la sproporzione del trattamento sanzionatorio, inaugurando così una stagione di controllo della sproporzionalità “intrinseca” della pena rispetto alla gravità del reato.

E ancora Nicolò, pur così affezionato all’idea secondo cui la Corte dovrebbe parlare anzitutto attraverso le proprie sentenze, ha realizzato per la Corte *podcast* bellissimi, nei quali spiega al pubblico dei non esperti di diritto – con il suo linguaggio elegante, ma sempre di cristallina chiarezza – come decide la Corte, quale sia il volto costituzionale della pena, quali siano gli elementi di fragilità delle democrazie e quali anticorpi abbiano le nostre Costituzioni, quale sia lo stato della

nostra giurisprudenza costituzionale su un tema altrove così divisivo come l'aborto.

* * *

Certo, *una* innovazione non è riuscita a Nicolò: e cioè quella di convincere i colleghi a introdurre nelle sentenze la possibilità per i giudici dissenzienti di manifestare pubblicamente le ragioni del proprio disaccordo. Ma questo suo desiderio irrealizzato non gli ha mai impedito – ecco la mia **quinta** parola chiave – di concepire l'attuale *modus operandi* della Corte come ispirato al principio di “**collegialità**”: principio cui lui stesso si è, alla prova dei fatti, scrupolosamente attenuto.

Il suo senso della collegialità si è sempre colto a partire dalle sue ricche relazioni in camera di consiglio, che miravano a coinvolgere tutti i membri del collegio nella comprensione dei molti risvolti problematici della questione a lui affidata; relazioni nelle quali lui esprimeva sempre i propri *dubbi*, prima ancora che le proprie proposte di soluzione, spesso presentate in punta di piedi nell'attesa di ascoltare le opinioni di tutti i colleghi.

Il suo senso della collegialità si è, poi, dispiegato nei suoi contributi – sempre perspicui, rigorosi e pugnaci – alle cause di cui altri erano relatori. Quando si discutevano le cause a me affidate ho sempre atteso con trepidazione, e con un certo timore, il momento in cui Nicolò avrebbe preso la parola, perché i suoi interventi non erano mai prevedibili, e spesso spiazzavano il relatore, aprendo orizzonti e dischiudendo problemi ai quali questi spesso neppure aveva pensato. Il tutto, però, con un grande beneficio per il collegio, la cui discussione risultava così, ogni volta, enormemente arricchita.

Straordinaria è stata, infine, la sua capacità di stendere motivazioni nelle quali ciascuno di noi potesse riconoscere le tracce del proprio apporto personale durante la discussione – anche quando avevamo sostenuto una tesi differente da quella alla fine prevalsa –. E davvero rimarchevole, per un accademico abituato a scrivere in assoluta libertà, la sua costante disponibilità, in sede di lettura delle sue decisioni, a modificare questa o quella formulazione, o addirittura a rinunciare a interi passaggi motivazionali, quando percepiva dubbi diffusi in seno al collegio. Una disponibilità, credo, di cui tutti dovremo rammentarci anche in futuro.

* * *

Infine, l'**ultima** parola chiave che non posso non associare a Nicolò è “**stile**”. Anzitutto per le sue doti di simpatia, ironia, affabilità: incontrarlo la mattina rende sempre la giornata più piacevole. Anche quando brontola e si

lamenta di non essere mai ascoltato dal collegio – cosa, peraltro, clamorosamente falsa.

Inconfondibile è, poi, il suo stile nelle relazioni orali, in udienza prima e in camera di consiglio poi: relazioni svolte con il piglio del brillante professore universitario, che sa rendere semplici e presentare in modo accattivante le questioni apparentemente più noiose, mettendo in luce le implicazioni teoriche e pratiche che ciascuna di esse comporta.

E inconfondibile è, infine, la sua scrittura, di cui tutti siamo un po' gelosi: una scrittura articolata, che rifugge dallo stile curiale ed è infarcita di vocaboli preziosi (come il suo personalissimo uso del verbo "ragionare" per "argomentare"), ma che sa essere – al tempo stesso – precisa e tagliente come una lama nei passaggi cruciali che sorreggono la decisione.

Come nella conclusione, memorabile, della sentenza n. 186 del 2018 sul 41-bis, con cui mi piace terminare questo mio saluto: «[i]n definitiva, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella" [...]: si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale».

Grazie mille, Nicolò. Ci mancherai.