

# Quaderni di Nuova GIURISPRUDENZA RIVISTA QUADRIMESTRALE *ligure*



Consiglio Nazionale Forense  
presso il Ministero della Giustizia



Consiglio dell'Ordine  
degli Avvocati di Genova



Consiglio Superiore della Magistratura  
Formazione decentrata in diritto europeo  
Corte d'Appello di Genova

## LE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME FONTE DI DIRITTO

*La configurazione giurisprudenziale  
dei diritti civili fondamentali*

ATTI DEL SEMINARIO - VENERDÌ 12 OTTOBRE 2012  
AULA MAGNA DEL PALAZZO DI GIUSTIZIA DI GENOVA



**Consiglio Nazionale Forense**  
presso il Ministero della Giustizia



**Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova**



**Consiglio Superiore della Magistratura**  
Formazione decentrata in diritto europeo - Corte d'Appello di Genova

# **Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto**

*La configurazione giurisprudenziale  
dei diritti civili fondamentali*

*Consulente editoriale:* Mario Paternostro  
*Coordinamento editoriale:* Sabrina Burlando  
*Progetto grafico:* Elena Menichini



*Realizzazione editoriale*  
© De Ferrari Comunicazione S.r.l.  
Via D'annunzio, 2/4 - 16123 Genova  
Tel. 010 0986820 - 0986821 - 0986822  
Fax 010 0986823  
[editorialetipografica@editorialetipografica.com](mailto:editorialetipografica@editorialetipografica.com)

*L'editore rimane a disposizione per gli eventuali diritti sulle immagini pubblicate. I diritti d'autore verranno tutelati a norma di legge.*

# SOMMARIO

## LE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO COME FONTE DI DIRITTO

### LA CONFIGURAZIONE GIURISPRUDENZIALE DEI DIRITTI CIVILI FONDAMENTALI

<i>Diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto</i> <b>Prof. Avv. Guido Alpa</b> Ordinario di Diritto Civile, Università di Roma "La Sapienza" Presidente del Consiglio Nazionale Forense	<b>4</b>
<i>Natura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo come fonte di diritto ai fini dell'art. 117 Cost.</i> <b>Cons. Vladimiro Zagrebelsky</b> Già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo	<b>9</b>
<i>Il sistema delle fonti e l'adeguamento del diritto interno. Un esempio: i diritti della persona.</i> <b>Prof. Avv. Sergio Maria Carbone</b> Emerito di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova	<b>12</b>
<i>La giurisprudenza costituzionale sulla CEDU dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007</i> <b>Prof. Avv. Giampaolo Parodi</b> Ordinario di Diritto pubblico comparato, Università di Pavia	<b>17</b>
<i>Giustizia civile, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giurisprudenza della Corte europea</i> <b>Dott. Claudio Viazzi</b> Presidente del Tribunale di Genova	<b>23</b>

### ANALISI DI ALCUNE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA: I RIFLESSI NEL DIRITTO INTERNO

<i>Ruolo e funzioni della Corte europea dei diritti dell'uomo</i> <b>Cons. Vladimiro Zagrebelsky</b> Già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo	<b>27</b>
<i>Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell'attività giurisdizionale: i "motivi imperativi di interesse generale". Giurisprudenze a confronto.</i> <b>Prof. Avv. Barbara Randazzo</b> Associato di Diritto costituzionale, Università Statale di Milano Incaricato presso il Servizio Studi della Corte costituzionale	<b>29</b>
<i>Tempi del processo e contenuto della giurisdizione</i> <b>Dott.ssa Lorenza Calcagno</b> Magistrato presso il Tribunale di Genova	<b>34</b>
<i>L'espropriazione</i> <b>Avv. Luigi Cocchi</b> Foro di Genova	<b>41</b>
<i>Diritto alla salute e autodeterminazione</i> <b>Prof. Gilda Ferrando</b> Ordinario di Diritto privato, Università di Genova	<b>46</b>
<i>I diritti successori della filiazione naturale</i> <b>Prof. Notaio Andrea Fusaro</b> Ordinario di Sistemi giuridici comparati, Università di Genova	<b>51</b>

# Diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto

**Guido Alpa**

*Ordinario di Diritto Civile, Università di Roma "La Sapienza"  
Presidente del Consiglio Nazionale Forense*

**Sommario:** 1. *L'ambiguità del termine "principio".* - 2. *I principi generali "in contesto"* - 3. *Il dilemma del legislatore moderno.*

## 1. L'ambiguità del termine "principio".

Nel corso degli ultimi decenni si è diffuso un fenomeno molto interessante, il ricorso sempre più frequente (ma sempre meno avvertito) al termine "principio". L'uso si registra nell'ambito delle esperienze nazionali, negli atti dell'Unione europea così come nell'ambito dei progetti di armonizzazione del diritto europeo. Nelle esperienze nazionali si può parlare di una "costante discussione" in cui i principi sono accreditati da una tradizione risalente. È il caso della cultura giuridica che si è formata in Italia<sup>1</sup>, in Germania<sup>2</sup> e in Austria<sup>3</sup>. Qui ha avuto fortuna prima lo studio e l'applicazione del diritto romano, e quindi delle *regulae iuris* (elencate nel libro L del Digesto giustiniano), che costituiscono una delle epifanie dei principi generali, formulati in forma di brocardi<sup>4</sup>; poi lo studio del diritto naturale nella sua contrapposizione con il diritto positivo. Poi ancora la costruzione dell'ordinamento giuridico in forma "geometrica", secondo principi di razionalità. Si che anche nei testi ove si disciplinavano con legge le regole interpretative (le leggi speciali e i codici civili) i principi generali corrispondevano (e per alcune esperienze ancora corrispondono) all'*analogia legis*.

Per la cultura giuridica inglese si deve parlare piuttosto di una "riscoperta": dopo i *Principles of Morals and Legislation*, di Jeremy Bentham questa terminologia è migrata negli studi di logica e di filosofia. Per la cultura giuridica statunitense si può parlare di un rapporto "complesso", perché di recente la problematica si è svolta soprattutto all'interno della filosofia giuridica analitica di Ronald Dworkin, che ha spiegato come i principi si debbano prendere sul serio, forse ricordando gli accenni dissacratori dei fondatori del realismo giuridico<sup>5</sup>. Per il diritto civile francese si può parlare di una "scoperta", perché - se si fa eccezione per l'opera di François Génay<sup>6</sup>, guardata sempre con sospetto dai formalisti, e tanto apprezzata invece in Italia - il diritto civile è stato sopravanzato dal diritto amministrativo nell'uso dell'espressione e nella sua applicazione pratica.

In questa panoplia di riferimenti l'espressione "principio" assume molteplici significati, che si moltiplicano ancor più se si considerano i contesti in cui la parola è impiegata nei progetti di armonizzazione, uniformazione, codificazione del diritto privato europeo.

Ecco qualche esempio: nei "principi" di Ole Lando e Hugh Beale (PECL), l'espressione indica le "general rules of contract law" (art. 1:101(1) e così per i Principi Unidroit (Preambolo, par.1).

Nel Draft Common Frame of Reference l'espressione di volta in volta comprende regole che non hanno forza di legge, definizioni, regole generali<sup>7</sup>. Ma è importante la presa

di posizione che si legge nella introduzione: i principi fondamentali, sottostanti le regole, esprimono valori tra loro in conflitto, non sono collocati in un ordine prioritario, e sono citati solo in modo esemplificativo. In un primo inventario si segnalano:

«giustizia, libertà, protezione dei diritti umani, sviluppo del mercato interno, solidarietà e responsabilità sociale, libertà sicurezza e giustizia, protezione dei consumatori e degli altri soggetti che esigono protezione, conservazione del pluralismo culturale e linguistico, razionalità, certezza giuridica, prevedibilità, efficienza, affidamento ragionevole, e allocazione corretta della responsabilità per la creazione dei rischi».

A parte la menzione specifica in alcune norme dei diritti umani - di cui si dirà nel prosieguo - anche se i principi non sono posti in una scala gerarchica non si deve pensare che nella intenzione dei redattori del Draft i diritti umani costituiscano un gruppo di interessi che configgono con altri interessi all'interno di un testo diretto a dare una disciplina sistematica alla materia del contratto, senza avere un ruolo di rilievo. Anzi. L'art. 1-1:102(2) dispone che le regole raccolte nel Draft «have to be read in the light of any applicable instruments guaranteeing human rights and fundamental freedoms and any applicable constitutional laws».

I *Principes directeurs* dell'Association Henri Capitant e della Société de Législation comparée (del 2008) distinguono i principi direttivi dagli altri principi, che considerano come regole generali condivise dai Paesi Membri dell'Unione. La raccolta corregge quindi i PECL che portano anche innovazioni tra le regole suggerite come modelli contrattuali da imitare, da cui trarre ispirazione o in cui trovare gli attrezzi per risolvere le questioni. Qui tra i principi direttivi si trovano (i) la libertà contrattuale, (ii) la certezza del diritto e (iii) la lealtà, termine che nel commento del Draft al riguardo viene tradotta con un significato tripartito in «good faith, fair dealing and cooperation»<sup>8</sup>.

Non si parla di diritti fondamentali.

I diritti fondamentali si perdono per strada anche negli sviluppi successivi della armonizzazione delle regole sul contratto, che si affida a testi semplificati, sintetici, parziali.

Il testo di passaggio tra la disciplina dei contratti in generale del Draft (Book II) e il Progetto di Regolamento sulla vendita, denominato Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract law<sup>9</sup> (che risale al luglio 2011), non menziona i diritti fondamentali, prevede alcuni principi generali (reasonableness (art.4), freedom of contract (art.7), good faith and fair dealing (art.8); e neppure in materia di interpretazione del testo si richiamano i principi generali o costituzionali accreditati dal diritto comunitario o dalle costituzioni nazionali. Il testo propone un *sistema chiuso*: «This instrument is to be interpreted and developed autonomously and in accordance with its objectives and the principles underlying it» (art.1 (1)); il testo fa divieto di fare ricorso alle leggi nazionali (art.1(2)).

Finalmente il progetto di Regolamento relativo a un diritto europeo della vendita enuncia in apertura alcuni “principi generali” che identifica nella (i) libertà contrattuale, nella (ii) buona fede e correttezza, nella (iii) collaborazione. Anche questo è un testo chiuso, non fa riferimento ai diritti fondamentali, né alle regole interpretative che veicolano i valori del diritto comunitario.

Questa cultura varia, che sorregge i redattori dei testi, portatori di diverse tradizioni linguistiche, culturali, tecniche, è dunque refrattaria ad una rigorosa utilizzazione del termine “principio generale”, ma non lo rifiuta, anzi lo accredita. E lo accredita non per essere inteso come termine tecnico-scientifico da impiegare con cautela e con consapevolezza ma piuttosto come un termine polivalente dotato di significato convenzionale evanescente, una sorta di enunciato formulato con espressioni generali di volta in volta allusivo a un valore, a una regola, a un indirizzo interpretativo, e così via. Tutti i giuristi possono intendere il significato di «principio» e si sentono autorizzati ad impiegarlo nei modi più diversi. E poiché il linguaggio, le mode, le prassi non sono governabili, occorre di volta in volta verificare l’accezione di principio che si ha davanti per poter intendere appieno il significato a cui alludeva chi lo ha impiegato.

La sensibilità per questo termine varia a seconda della cultura e della matrice d’origine del giurista. Per esempio, non so quanto sia nota fuori dei confini patrii la storia dei “principi generali” che contrassegna la cultura giuridica italiana dalla fine dell’Ottocento ai nostri giorni. È una storia che non si ferma solo ad indagare il significato giuridico formale di questa categoria ma ne approfondisce il significato ideologico e pratico.

Il giurista legato al testo scritto ha difficoltà ad accreditare l’idea che sia utile coniare disposizioni di tenore generale, con un ambito di applicazione molto ampio, e che descrive la fattispecie (*Tatbestand*) in termini vaporosi. Ed è quindi portato a distinguere le regole specifiche, dettagliate, dalle regole generali – per l’appunto un enunciato a fattispecie ampia; ed è portato a distinguere le regole generali dai principi generali, che invece ha ricavato con un processo logico induttivo procedendo da tante regole particolari per arrivare ad un enunciato generale. Il giurista attento al dato normativo distingue poi i principi *supremi* dell’ordinamento giuridico *dello Stato* da quelli che emergono da altri contesti. E si chiede se i principi generali esplicitamente formulati in una disposizione di legge abbiano un ruolo diverso da quelli che si ricavano induttivamente dalle disposizioni senza esservi esplicitati.

Ciò perché vi sono ordinamenti giuridici, come quello italiano, in cui il codice civile, la costituzione e altri importanti testi normativi (che potremmo definire le “tavole della legge”) usano spesso il termine “principio”, e quindi legano l’interprete molto di più di quegli ordinamenti in cui i principi sono poco menzionati nei testi, sono frutto della elaborazione dottrinale (logica, assiologia, ermeneutica, etc.) o addirittura sono proposti, sempre dalla dottrina, come “regole direttive” per l’armonizzazione di un settore dell’ordinamento interno o di un ordinamento sovranazionale o di un ordinamento in fieri, denominato “diritto privato europeo”. I giuristi meno legati a testi che menzionano i principi sono quindi più liberi, più disinvolti nell’inventare, manipolare, inventariare, classificare i “principi”.

Questi sono solo alcuni dei problemi che i giuristi italiani, nel corso di più di un secolo hanno dibattuto a lungo: uno dei vertici più alti di questo dibattito si è toccato all’Accademia dei Lincei, in un convegno organizzato a Roma nei giorni 27-29 maggio 1991, nel corso del quale Maestri di diverse discipline hanno individuato, catalogato, discusso i principi sia nella prospettiva filosofica e storica, sia in quella giuridica ed operativa, con riguardo alle diverse partizioni del diritto<sup>10</sup>.

## 2. I principi generali “in contesto”

Dal 1991 ad oggi sono trascorsi vent’anni nei quali, con un ritmo certo non usuale per la cultura giuridica, si sono accumulati così tanti studi, indirizzi, testi normativi, progetti, orientamenti giurisprudenziali, che hanno profondamente modificato le esperienze giuridiche nazionali e quella che possiamo – non solo geograficamente – denominare europea. Sono esperienze che non si possono ignorare. Mi riferisco in particolare a quelle esperienze che costituiscono l’humus nel quale si è radicata la nuova cultura giuridica e che pertanto non solo sono centrali nel discorso del giurista, ma sono anche irreversibili.

Gli eventi, meglio, gli indirizzi e le vicende culturali che si sono via via affermati ed hanno cambiato il significato e il ruolo dei principi generali sono essenzialmente tre: (i) il superamento definitivo della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico; (ii) la introduzione della Carta europea dei diritti fondamentali; (iii) la utilizzazione dei principi della Convenzione europea dei diritti umani da parte della Corte di Giustizia europea e di molte corti costituzionali e di legittimità; in questo caso i principi sono la formulazione dei diritti umani a cui si uniforma l’Unione europea.

Mentre i testi normativi sono precisi, i testi delle sentenze e spesso i contributi dottrinali sono generici o superficiali, sicché talvolta si usano indifferentemente le espressioni “principi generali”, “valori”, “diritti fondamentali”, “diritti umani”.

Grazie a questi indirizzi e vicende culturali l’universo dei principi si è dunque ulteriormente arricchito e rinnovato, dimostrando una vitalità che era assolutamente impensabile immaginare alla fine dell’Ottocento, quando aveva preso avvio la discussione sui principi intesi in modo moderno.

Con il nuovo Millennio si è assistito ad una svolta molto rilevante, che al tempo stesso ha inciso l’evoluzione del diritto comunitario e il processo di avvicinamento degli ordinamenti nazionali, con la costruzione di valori comuni, la riformulazione dei rapporti tra il cittadino e le istituzioni dell’Unione europea, e al tempo stesso con la formazione di un nucleo essenziale di regole (*acquis communautaire*) in cui si sono declinati principi uniformanti dei contratti dei consumatori.<sup>11</sup>

Il percorso che si è compiuto avendo alla base il collegamento stretto tra i diritti fondamentali e i principi generali ha portato a far sì che le disposizioni comunitarie non si possano applicare in contrasto con i principi generali (e quindi con i diritti fondamentali) e che le autorità, i giudici, le amministrazioni nazionali non possano applicare le regole di derivazione comunitaria senza applicare i principi generali e quindi i diritti fondamentali<sup>12</sup>.

I diritti fondamentali come principi generali: la Carta europea e la Convenzione europea, due percorsi distinti

La Carta europea dei diritti fondamentali, la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia e le pronunce delle Corti costituzionali nazionali sono la base di diritto positivo che ha accreditato la tesi secondo la quale *i diritti fondamentali sono principi generali*.

Dal punto di vista formale, se ci arrestassimo a considerare solo la lettera della Carta, si potrebbe discutere se i diritti fondamentali della persona siano da intendersi come “principi” di diritto in quanto tali. Leggendo il Preambolo della Carta sembrerebbe di capire che i diritti fondamentali sono *valori* che si fondano sui principi di democrazia e dello Stato di diritto<sup>13</sup>. Così recita il testo:

«Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell’Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

In un altro passo del Preambolo i valori e i principi sembrano tramutati in diritti fondamentali: «A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta.».

Ma il passo più rilevante riguarda la natura di questi valori/principi/diritti:

«Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Pertanto, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi enunciati in appresso».

Non si tratta dunque di enunciazioni enfatiche che esauriscono la loro funzione nel dipingere l'immagine ideale della Carta: i diritti fondamentali sono o esprimono principi che hanno valore giuridico, che fanno sorgere responsabilità e doveri nei confronti dello Stato o dell'Unione e nei confronti degli altri.

Nel 2007 con una Risoluzione del Parlamento europeo si è conferito valore giuridico alla Carta, anche se da tempo la Corte di Giustizia e le Corti nazionali si erano determinate autonomamente a considerare vincolante la Carta e ad ispirarsi ad essa per risolvere le questioni e decidere le controversie<sup>14</sup>. La Carta è entrata subito nel corpo di "diritto vivente", ed ad assommato al suo valore politico anche un valore giuridico.

Di più. Il Trattato dell'unione europea è stata modificato dal Trattato di Lisbona con l'aggiunta dell'art.1 bis che recita:

«L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.».

E l'art. 6 recita:

«L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a

Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Se si ribadisce il valore giuridico della Carta – acquisito per così dire sul campo nell'applicazione giurisprudenziale delle Corti, poi affermato con la risoluzione del 2007, ed ora nuovamente sancito dal Trattato - ciò significa che quelle disposizioni hanno natura cogente, devono essere applicate dai giudici comunitari e nazionali, e si possono applicare non solo nei rapporti verticali (cioè nei confronti degli Stati), ma anche nei rapporti orizzontali. Sul punto si tornerà tra poco. Per parte loro i diritti umani come riconosciuti e classificati nella Convenzione europea hanno ricevuto un ulteriore riconoscimento nel Trattato di Lisbona.

Recita infatti l'art.6, c.3:

«I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*». Questa formula chiarisce meglio il testo del Trattato di Maastricht del 1992, secondo il quale «l'Unione rispetta i diritti fondamentali (...) in quanto principi generali del diritto comunitario».

Si potrebbe osservare che ormai principi della Carta e principi della Convenzione formano un tutt'uno, sulla base di questo doppio riconoscimento formale.

Ma la problematica è più complessa di come talvolta la si rappresenta.

La questione aveva ricevuto echi anche nel corso del convegno dei Lincei sopra citato. Rodolfo Sacco ne aveva parlato – a proposito dei principi in generale – citando il Trattato istitutivo della CEE (l'allora art. 215 c.2), che per tabulas inscriveva i

principi tra le *fonti* del diritto comunitario (i principi sono regole giuridiche di secondo grado fondative dell'ordinamento comunitario)<sup>15</sup>; Angelo Falzea aveva sottolineato l'elevata assiologicità dei principi fondamentali<sup>16</sup> che “pur con la loro forte idealità sono regole di diritto positivo”; Pietro Rescigno a proposito dei principi inseriti nella Costituzione della Repubblica italiana, e nella misura in cui erano riconosciuti dalla comunità internazionale, aveva teorizzato che essi potevano persino costituire un limite alla sovranità nazionale<sup>17</sup>. Ma soprattutto avevano riconosciuto nei diritti fondamentali il rango e il ruolo di principi generali Giorgio Oppo e Luigi Mengoni. Oppo aveva sottolineato che i principi generali governano i comportamenti anche nell'ambito dell'autonomia privata: «i sommi valori sono (...) quelli della libertà, uguaglianza e solidarietà (“politica, economica, sociale”) [citando per l'appunto l'art.3 della Carta costituzionale italiana] e i primi principi che ne discendono sono quelli di pari autonomia dei consociati e dell'imputazione all'agente delle conseguenze, attive e passive, del comportamento”<sup>18</sup>. Mengoni aveva identificato i diritti inviolabili con i principi generali, precisando però che essi sono da coordinare con le altre norme-principio, perché la Costituzione è una tavola di valori che hanno spesso opposto significato, e quindi tra loro devono essere bilanciati. Ne veniva riaffermata la distinzione di Ronald Dworkin tra regole e principi effettuata in ordine alla loro funzione: le regole ammettono solo una pedissequa osservanza, i principi orientano l'interprete<sup>19</sup>; questi e quelle sono norme che differiscono non per la struttura ma per i loro effetti.

Tutti gli Autori citati ritenevano che i principi dovessero essere applicati anche *orizzontalmente*, si potessero applicare cioè non solo nei rapporti tra il cittadino e lo Stato, o tra il cittadino e le istituzioni dell'Unione europea, ma anche nei rapporti tra privati e quindi anche alla disciplina del contratto. Questa conclusione non è univoca nella dottrina di diritto comunitario, e neppure nell'orientamento degli interpreti del diritto civile e in generale, del diritto europeo. Per ragionare sulla produzione di effetti orizzontali dai diritti fondamentali/principi generali occorre procedere per segmenti successivi.

Ha ragione Hugh Collins quando sostiene che si possono capire meglio queste problematiche quando si viene da esperienze in cui la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico ha perso il suo rilievo plurisecolare, e quando in quelle esperienze si è affermato il processo di costituzionalizzazione del diritto privato<sup>20</sup>.

Non si possono fare generalizzazioni.

Un conto sono le esperienze in cui si è verificato, prima ancora della formazione di un diritto europeo comune, il fenomeno della costituzionalizzazione del diritto privato. I modelli trainanti di questo modo di costruire il nuovo diritto civile e di ammodernarlo alla luce dei valori fondanti della società sono stati appunto il modello italiano, con il processo di costituzionalizzazione del diritto privato che inizia non dall'entrata in vigore della costituzione repubblicana (1948), ma dai primi anni Sessanta; il modello tedesco, che anch'esso si delinea nello stesso torno d'anni (la Legge di base è del 1949), e il modello spagnolo che si avvia subito dopo la introduzione della nuova costituzione del 1978

Altro conto sono le esperienze in cui i diritti umani/principi della Convenzione europea sono stati accolti dapprima sotto il profilo della efficacia delle convenzioni internazionali e poi come parte integrante dell'ordinamento costituzionale, oppure sotto forma di norma interna come è avvenuto con lo Human Rights Act in Inghilterra, tanto per richiamare le prime esemplificazioni che vengono in mente.

Altro conto ancora sono le esperienze in cui i valori sociali hanno consentito di superare la concezione borghese, formalmente egualitaria, dei rapporti tra privati, per dare accesso

ai valori della persona, e non solo dunque alla tutela del consumatore, del lavoratore o del risparmiatore (che richiamano sempre un universo di natura economico-patrimoniale) ma anche alle discriminazioni e alle differenze di sesso, lingua, religione, etnia, etc.

I diritti fondamentali come principi generali di diritto contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Mi occupo qui dei diritti fondamentali contenuti nella Carta, ma ovviamente il discorso coinvolge tutto il dibattito sul riconoscimento in ambito europeo dei principi comuni riguardanti la persona diffusi e riconosciuti nelle Carte costituzionali dei Paesi Membri. Ed coinvolge anche il rapporto tra la Carta dell'Unione e la Carta europea dei diritti dell'uomo, nonché il c.d. dialogo tra le Corti, la tutela multilivello dei diritti fondamentali, e il coordinamento delle pronunce delle Corti le quali con diversa competenza e con un raggio d'azione diverso si occupano della materia dei diritti fondamentali.

Proprio le pronunce delle Corti dimostrano che i diritti fondamentali sono intesi come principi generali, di volta in volta presentati sotto forma di valori della persona.

L'esperienza ci insegna che, al di là delle formule più o meno rigorose e tecnicamente corrette, la funzione del diritto si esprime attraverso valori-principi-diritti e che la legittimazione di un principio può essere effettuata dai giudici nella loro attività di *ius dicere* sì che essi in così fare i diritti fondamentali diventano "diritto vivente".

Il mercato del lavoro, e quindi il contratto di lavoro, è stato il bersaglio più frequentemente colpito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla base di principi generali quali il principio di eguaglianza (qui sotto forma di parità tra uomo e donna nel trattamento pensionistico), diritto fondamentale riconosciuto da tutte le Costituzioni moderne, e dalle prime dichiarazioni dei diritti. Si può leggere il testo anche nel senso inverso, e cioè come applicazione del principio di non discriminazione. Non è il caso in questa sede di passare in rassegna i casi più eclatanti, come il caso Bartsch (del 13.9.2008, n. C-46/07), o i casi di applicazione del principio di dignità della persona (C152/82 13.11.1990) o i casi riguardanti il principio di libera circolazione dei lavoratori. In materia di contratti è esemplare il caso Omega Spielhallen (C-36/02) in cui si sono vietati giochi che usavano strumenti di elettronici in cui figure umane fungevano da bersaglio (C-36/02)-

Più di recente, in materia di contratti di assicurazione, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art.5 n.2 della direttiva 2004/113/CE sul principio di eguaglianza tra uomini e donne è invalido e quindi le clausole contenute nelle polizze assicurative che discriminano le donne, per età, rispetto agli uomini, sono nulle (C-236/09).<sup>21</sup>

Un'analisi attenta dell'impatto dei diritti fondamentali sulla giurisprudenza delle corti dovrebbe includere la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani e la giurisprudenza delle Corti supreme, oltre che ovviamente quella delle Corti costituzionali. Ma nell'economia di questa relazione si può fare rinvio alle raccolte che hanno accompagnato l'evoluzione della Corte di Strasburgo in materia, senza dimenticare però che quella Corte tende a considerare i diritti fondamentali più che come principi generali come posizioni soggettive forti che i singoli hanno diritto di rivendicare nei confronti degli Stati di cui sono cittadini od ospiti ottenendo però, come rimedio alla violazione, una condanna risarcitoria dello Stato violatore.

### 3. Il dilemma del legislatore moderno

È possibile costruire un corpus normativo autonomo, anche sotto forma di Regolamento, che si sottragga ai principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali, e quindi non includa tra i principi (anche direttivi) i principi della Carta?

Le vie possibili per includere i principi della Carta tra i prin-

cipi del diritto contrattuale europeo, tra i principi del Common Frame of Reference, tra i principi del Regolamento sulla vendita, possono essere diverse:

La più semplice è quella del richiamo diretto, anche senza la loro riproduzione

La più naturale per il giurista che preferisce interpretare il testo piuttosto che non riscriverlo, è di considerare ogni testo (dai PECL al Regolamento) come necessariamente interpretato e applicato alla luce dei principi della Carta (e della convenzione, che vale come complesso di principi generali).

La più tradizionale consiste nel considerare i principi fondamentali come norme imperative, e quindi come norme che comunque debbono essere applicate.

In tutti questi casi l'applicazione di questi diritti / principi / norme ai rapporti tra privati può essere diretta.

In dottrina si trovano però posizioni diversificate.

Ad esempio Collins, a proposito della libertà contrattuale, sostiene che la soluzione può essere bustrofedica: se si dà maggior rilievo alla libertà di vincolarsi della persona, allora si possono limitare altre libertà, come quella che in materia lavoro impone di osservare un orario non rispettoso della salute; se si dà maggior valore alla dignità, le regole di lavoro contrarie alla salute e al riposo dovrebbero essere disapplicate e gli accordi contrattuali considerati in contrasto con i diritti fondamentali.

Hans Micklitz<sup>22</sup> segnala che tra i diritti fondamentali occorre tener conto anche dei diritti sociali, e che questi non sono però al sicuro: «the expansion of social rights does not help to overcome the narrow boundaries of the EU competence on The Social». E in un ragionamento più ampio che propone una rivisitazione delle fonti comunitarie, Micklitz vede nella combinazione di una Costituzione europea e di un codice civile europeo il quadro in cui si può davvero dare luogo ad un mercato integrato in cui non sono rilevanti solo i diritti individuali ma anche i diritti collettivi e trova pieno riconoscimento accanto al principio di dignità anche quello di solidarietà.

In una prospettiva più riduttiva e cauta Olga Cherednychenko preferisce parlare di complementarità tra diritti fondamentali e disciplina del contratto: «it is obvious (dice in conclusione di un recente saggio) – that the complementarity between fundamental rights and contract law can only be achieved if the ECJ refrains from interfering in such cases by means of the fundamental rights review of the provisions of the CFR or the interpretation of the general clauses contained therein»<sup>23</sup>. Ma la rilevanza dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto privato europeo e quindi della loro diretta applicazione nei rapporti di diritto contrattuale non è negata dall'A. la quale pone allora una questione ulteriore: atteso questo assunto il problema non consiste tanto nel loro riconoscimento all'interno del diritto contrattuale ma *fino a che punto* si debba spingere la protezione dei diritti fondamentali, quando gli interessi conflittuali delle parti richiedano un bilanciamento accettabile. In questo senso l'A. distingue, tenendo conto dei diversi modelli affermatasi nelle esperienze europee, un effetto diretto, un forte effetto indiretto, un debole effetto indiretto.

Ma siamo arrivati al dunque. Se si muove dal presupposto che la Carta dei diritti fondamentali sta alla base dell'intero ordinamento comunitario, anziché di complementarità tra i diritti fondamentali e il diritto contrattuale europeo, si deve parlare di subordinazione di questo a quello, come correttamente sostiene Chantal Mak, ad esito di un'ampia e accurata ricerca comparatistica<sup>24</sup>.

In fin dei conti, tutta la problematica dell'effetto diretto o indiretto dei diritti fondamentali o inviolabili che abbiamo registrato nelle esperienze di costituzionalizzazione del diritto privato, come si sono sviluppate in Italia e in Germania, si è

riprodotta con molte assonanze anche per le regole della convenzione europea sui diritti e le difficili scelte degli interpreti sono dovute a diverse ragioni: al fatto che la Convenzione è un atto internazionale che non si applica direttamente nell'ordinamento interno, che il testo non ha menzionato esplicitamente la *dignità* come valore che sostiene l'intero complesso dei diritti e delle libertà della persona, che la libertà della persona include la libertà contrattuale e questa può essere vista come un potenziamento dei o un limite ai diritti personali<sup>25</sup>.

Il dilemma del legislatore moderno sta dunque in ciò: è più opportuno, ai fini della applicazione corretta e certa del diritto, ignorare i diritti fondamentali nelle disposizioni che regolano la disciplina generale del contratto, e tutelarli per via di interpretazione, oppure menzionarli in modo che, qualunque sia il processo interpretativo, sia garantita la loro tutela? Ovviamente, questo implica una scelta di fondo e cioè che la libertà contrattuale non si possa spingere fino a legittimare la violazione di diritti fondamentali.

I redattori del DCFR hanno preferito, sulla base dei suggerimenti offerti da molti componenti del gruppo, inserire la menzione dei diritti fondamentali, anche se non si tratta di una tutela ampia e se i rimedi accordati per la loro violazione contrattuale consistono nel risarcimento del danno piuttosto che non nella nullità del contratto.

Tra i *principes directeurs* del nuovo progetto di riforma del diritto dei contratti diretto da François Terré si prevede una formula intermedia, mentre, nella versione precedente, ad opera di Pierre Catala, i diritti fondamentali erano ignorati. Si legge infatti all'art.4 al.2 del Titre I Des Contrats:

« On ne peut porter atteinte aux libertés et droits fondamentaux que dans la mesure indispensable à la protection d'un intérêt sérieux et légitime ».

La proposta, proveniente da Georges Rouhette<sup>26</sup>, è apprezzata da Carole Aubert de Vincelles<sup>27</sup>, la quale sottolinea come essa riceva poi applicazione specifica all'art. 59 del progetto in materia di contenuto del contratto.

<sup>7</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline edition, a cura di von Bar, Clive, Schulte-Noelke, Monaco, 2009, p.9; per una discussione di queste tecniche v. Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto private europeo*, Milano, 2005

<sup>8</sup> *Principles*, cit., p.14

<sup>9</sup> Vedilo in *Towards a European Contract Law*, a cura di Schulze e Stuyck, Monaco, 2011

<sup>10</sup> Atti dei convegni lincei (96), Convegno sul tema: *I principi generali del diritto* (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992

<sup>11</sup> *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, a cura di Schulte-Neolke, Twigg-Flenser, Ebers, Monaco, 2008; *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, a cura di Schulze, Monaco, 2009; *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, 2009

<sup>12</sup> È la tesi che ho sostenuto anni fa ne *L'applicabilità della Convenzione europea sui diritti dell'uomo ai rapporti tra privati*, in *Eur.dir.priv.*, 1999, II, p. 873; Wade, *Horizons and Horizontality* (2000) 11 LQR 217

<sup>13</sup> Rodotà, *La Carta come atto politico e come atto giuridico*, in *Riscrivere i diritti in Europea*, Bologna, 2001

<sup>14</sup> Celotto e Pistorio, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (rassegna giurisprudenziale 2001-2004), *Giur.it*, 2004

<sup>15</sup> Sacco, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *Atti*, cit., p. 163

<sup>16</sup> Falzea, *Relazione introduttiva*, ivi, p. 25

<sup>17</sup> Rescigno, *Relazione conclusiva*, ivi, p. 341

<sup>18</sup> Oppo, *L'esperienza privatistica*, ivi, p. 227

<sup>19</sup> Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, ivi, p. 325

<sup>20</sup> Collins, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe* (a cura di Andenas, Andrew e Tamaruya), Legal Studies Research. Paper Series, University of Cambridge, Paper No. 13/2011, ma v. anche *Constitutional Values and European Contract Law*, a cura di Grundmann, Alphen aan den Rijn, 2008; Hesselink, Mak, Rutgers, *Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference*, Center for the Study of European Contract Law Working Papers Series No. 2009/05

<sup>21</sup> Una ricca e dotta raccolta di casi commentati si deve ora a Cosio e Foglia (cur.), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2012; in argomento v. *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di Ruggeri, Napoli, 2012

<sup>22</sup> Micklitz, *Failure or Ideological Preconceptions-Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the European Civil Code*, EU Working Papers. Law 2010/04, p. 5

<sup>23</sup> Cherednychenko, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *ERPL*, 2010, vol.6, p. 63

<sup>24</sup> Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan der Rijn, 2008

<sup>25</sup> Così Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill, Oxford and Portland, 2011, p.192).

<sup>26</sup> Rouhette, *Regard sur l'avant-projet de réforme de droit des obligations*, in *Rev.dr.comp.*, 4/2007, p. 1393

<sup>27</sup> Aubert de Vincelles, *Les principes généraux relatifs au droit des contrats*, in *Pour une réforme de droit des contrats, sous la direction de François Terré*, Parigi, 2009, p.115.

<sup>1</sup> Per la ricostruzione storica della formula "principio generale" ed espressioni omologhe v. Alpa, *I principi generali*, Milano, 1993 (2d ed.2006); Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993

<sup>2</sup> Nell'ampia letteratura v. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, trad.it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, a cura di M.La Torre, Milano, 1998

<sup>3</sup> Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Monaco, 1991

<sup>4</sup> Stein, *Regulae juris. From juristic rules to legal maxims*, Edimburgo, 1966

<sup>5</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad.it. *I diritti presi sul serio*, trad.it. a cura di F.Oriana e G.Rebuffa, Bologna, 1982; Benditt, *Law as Rule and Principle*, Stanford, 1976

<sup>6</sup> Gény, *Méthode d'interprétation et sources de droit privé positif*, Parigi, 1899

---

## Natura della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto ai fini dell'art. 117 della Costituzione

---

**Vladimiro Zagrebelsky**

*già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Grazie dell'invito che mi è stato fatto e dell'opportunità che mi è offerta di parlare ancora una volta di cose di cui mi sono occupato per un certo numero di anni e che rappresentano per avvocati e magistrati, a partire dal 2007 almeno, dalle due sentenze 348 e 349 della Corte costituzionale (e la 80 del 2010), temi quotidiani di lavoro.

Il sistema, come disegnato dalla Corte costituzionale, è il seguente: secondo l'articolo 117 Cost. le leggi regionali e nazionali debbono essere in conformità con impegni internazionali e comunitari dello Stato. La Corte Costituzionale, superando la sua vecchia giurisprudenza restrittiva in questa materia ci ha detto: il punto di riferimento, il criterio per identificare il contenuto dell'obbligo internazionale dello Stato, per quel che riguarda i diritti umani, non è il testo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 (lo è *anche* naturalmente) ma è quel testo "così come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo".

La Corte lo ha detto perché ha identificato nella Convenzione un trattato internazionale di tipo speciale, nel senso che esso prevede il meccanismo di risoluzione di problemi interpretativi sul contenuto dell'impegno che gli Stati hanno assunto, istituendo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, competente secondo l'art.32 della Convenzione per risolvere tutte le questioni di interpretazione e applicazione della Convenzione (all'origine il sistema era un po' più complicato ma è inutile adesso tornare indietro a quei tempi).

Quindi l'obbligo dello Stato si riferisce a quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea.

Se si pone un problema di possibile contrasto tra la legge interna che il giudice deve applicare – ma il discorso vale anche per l'amministrazione pubblica e il parlamento –, se si pone un problema di compatibilità, il giudice deve fare ogni sforzo possibile, con le tecniche ammesse dai criteri di interpretazione, per rendere sul piano interpretativo adeguata la norma interna rispetto all'obbligo internazionale, quindi alla Convenzione, così come interpretata dalla Corte Europea.

Se questo esercizio di interpretazione adeguatrice non ha successo, il Giudice non può disapplicare la norma interna, applicando direttamente il contenuto della Convenzione, ma deve sollevare questione di costituzionalità. Sarà la Corte costituzionale a risolvere la questione e la risolverà con una sentenza che avrà poi valore, come sappiamo, *erga omnes*.

La Corte costituzionale ha posto una riserva, che io penso significativa sul piano del sistema più che nella pratica, e cioè ha posto un limite che opera se sia il contenuto stesso dell'obbligo internazionale (quindi la giurisprudenza della Corte Europea) ad essere contrario alla Costituzione.

Dico che praticamente il limite non dovrebbe mai operare, perché nella Convenzione stessa, come anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea peraltro, si prevede espressamente che la maggior tutela che i sistemi interni as-

sicurino a uno dei diritti fondamentali prevale sulla protezione convenzionale.

Se a livello interno la protezione è maggiore prevale non in deroga, non forzando il sistema della Convenzione per far prevalere la Costituzione interna, ma proprio in applicazione di quello che è il regime previsto dalla Convenzione.

Ora, faccio una piccola parentesi. Il problema si pone nei regimi nonostante tutto avanzati sul piano della tutela dei diritti, come quello italiano, nel bilanciamento, nel contemperamento di diritti fondamentali contrapposti e non tanto più direttamente in ordine al singolo diritto. Per esempio nel rapporto tra la dignità della persona (art. 8 della Convenzione) e la libertà di espressione (art. 10) in materia di diffamazione. Lì è difficile dire quale è il livello di tutela superiore perché dove cresce un diritto cede l'altro. Ma si tratta di vedere la applicazione concreta delle leggi piuttosto che del loro testo, di cui si occupa la Corte costituzionale.

Con la sentenza 80 del 2011, la Corte ha messo in evidenza la differenza tra il sistema relativo alla Convenzione Europea, quella di cui finora ho parlato, e il sistema della normativa Comunitaria, che prevale e viene "preferita" nell'applicazione, con applicazione diretta da parte del Giudice.

Problema. Il sistema disegnato dalla Corte costituzionale assicura la decisione *erga omnes* della questione del possibile contrasto tra legge interna e Convenzione europea. E mi pare che si tratti di esigenza seria, quella di evitare contrasti e disegualianze in materie molto delicate, che potrebbero derivare dalla disapplicazione diretta della legge da parte del singolo giudice, nella singola causa (altra cosa è la rilevanza da dare ai criteri desumibili dalla giurisprudenza della Corte europea nella applicazione della legge interna, che solitamente lascia margini). Però la Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che è diritto comunitario di livello dei Trattati e che riguarda tutta la materia comunitaria, fa parte del quadro del diritto comunitario di cui il Giudice nella materia comunitaria, deve tenere conto, anche ai fini della disapplicazione della legge interna (evidentemente nelle materie comunitarie). Ora la Carta Europea dei Diritti Fondamentali, quanto a contenuto delle norme relative ai diritti che sono comuni con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rinvia al contenuto della Convenzione; a quel contenuto che, elaborato dalla giurisprudenza della Corte europea, la Corte Costituzionale ci ha detto essere parametro intermedio di riferimento ai fini del 117 della Costituzione.

Ora io mi chiedo se in questo modo, per il tramite della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, il contenuto della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo non sia divenuto parte del Diritto Comunitario che il Giudice deve tenere in conto quando decide della disapplicazione della legge interna con esso contrastante (sempre solo nella materia comunitaria).

E allora, per il futuro, immaginando che l'estensione progressiva delle materie comunitarie continui - pensiamo a

tutto quello che attiene all'immigrazione, materia delicatissima sul piano dei diritti fondamentali, al penale che avanza, alla materia processuale rilevante a livello comunitario - verrà il momento il cui la parte esclusivamente nazionale sarà marginale. Reggerà ancora il disegno della Corte costituzionale? Se si tratta di materia comunitaria si disapplica la legge interna, se non lo è si solleva questione di costituzionalità, preludio di una decisione centralizzata.

Io non lo so se reggerà a lungo un simile doppio sistema, relativo agli stessi diritti.

Torno al tema che mi è assegnato.

Cosa significa la formula molto forte, che la Corte costituzionale nel 2007 ha adottato: "così come interpretata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo"?

È possibile che, se non la Corte costituzionale, ma almeno alcuni commentatori pensino, sbagliando, che la giurisprudenza di Strasburgo sia simile a quella di una Corte di cassazione. La quale interpreta le leggi, produce principi di diritto. Il principio di diritto così come enunciato dalla Corte di cassazione ha natura, ha struttura di norma di legge, nel senso che è generale e astratto; esso quindi è omogeneo, quanto a struttura, rispetto alla legge.

La Corte europea non produce questo tipo di decisioni. Essa afferma regolarmente che la sua decisione riguarda il caso concreto. La sua giurisprudenza è casistica, nasce sul ricorso individuale di persone che raccontano la loro storia, una storia umana ricca di tutti i dettagli che volta per volta la caratterizzano e su cui poi è intervenuto il giudice nazionale (nel corso dei ricorsi interni da esaurire). Su quella storia individuale la Corte dice se il diritto fondamentale fatto valere è stato tutelato oppure no, violazione o non violazione, in ordine ad una storia individuale.

Ora le storie individuali in realtà sono in qualche misura raggruppabili in categorie. Perché? Perché la individualità di ciascuna storia si riferisce agli elementi di quella storia che sono rilevanti sul piano della decisione riferita all'uno o all'altro diritto fondamentale: il colore degli occhi dei ricorrenti normalmente non rileva anche se è diverso da ricorrente a ricorrente. Però anche ammettendo che esistano categorie di fatti che si ripetono (tipicamente la durata dei procedimenti per quanto riguarda i ricorsi contro ritardi), soprattutto in certe materie con riferimento a certi diritti, la specificità della vicenda ha forte rilievo. Il criterio fondamentale della decisione della Corte Europea - nato con riferimento agli articoli 8 e 11 della Convenzione, dove si pone come uno dei criteri di ammissibilità di restrizioni da parte dello Stato al godimento di diritti e libertà - è quello della necessità nella società democratica, necessità che è interpretata come stretta necessità e proporzione.

Il criterio della proporzione nella limitazione è stato poi esteso nella giurisprudenza ed è diventato il supercriterio. In *Soering c. Regno Unito*, la Corte ha detto che quello della proporzione è il supercriterio.

Ci sono alcuni diritti che sono non suscettibili di limitazioni (come il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti) e quindi non pongono questo problema, ma normalmente la proporzione deve essere ricercata e la questione è affrontata e risolta con riferimento al dettaglio della vicenda specifica. Quando dico dettaglio della vicenda specifica mi riferisco a tutti i dettagli che la Corte ritiene rilevanti, non solo ai dettagli che il Legislatore nazionale ha tenuto in conto nel descrivere la fattispecie.

La tipicità della fattispecie descritta nella legge nazionale, nella giurisprudenza casistica della Corte europea sfuma, nel senso che una violazione può derivare proprio perché certi elementi di quella vicenda specifica non sono stati tenuti in conto dal giudice interno, perché il Legislatore non ne ha tenuto conto o ha impedito che se ne tenesse conto.

Questo, alla fine, mi pare di poter dire è il significato della giurisprudenza casistica: come dice la Corte, ogni sentenza vale per il caso concreto.

Questo è però vero fino ad un certo punto, perché anche la Corte per sé stessa, per sé stessa innanzitutto, tiene conto del vincolo dei precedenti. Una decisione nel caso specifico fa precedente, fa precedente per casi successivi, casi che successivamente verranno giudicati. Cio' che significa che la portata della decisione va oltre il caso concreto, il caso specifico. Cosa va oltre? Non la decisione ma la *ratio decidendi*: la *ratio decidendi* si trova, vedendo le sentenze della Corte europea, nella prima parte della motivazione della sentenza, quando la Corte espone i principi giurisprudenziali, le sentenze principali, che reggono il settore. Poi c'è una seconda parte, un secondo punto: "l'applicazione nel caso concreto". Nell'applicazione nel caso concreto entrano appunto tutti quei dettagli della vicenda di cui prima parlavo, portando a decisioni, che sono opinabili, non solo perché legittimamente discusse dalla dottrina, dalle parti ecc. Ma sono decisioni opinabili perché formalmente emergono le divergenze tra i giudici, attraverso le opinioni separate, dissenzienti o concordanti. Interessano soprattutto quelle dissenzienti.

La Convenzione dice che il Giudice dissenziente può allegare alla sentenza la sua opinione separata. La prassi è però che *deve*, nel senso che è rarissimo che un voto dissidente non sia accompagnato dalla spiegazione del perché (cio' che tra l'altro rende identificabili i nomi di chi ha votato con la maggioranza e di chi con la minoranza). Si tratta di una prassi di deontologia interna.

La cosa interessante è che l'opinione dissidente è motivata con riferimento, con richiamo a precedenti della Corte diversi da quelli citati dalla maggioranza, o agli stessi ma interpretati diversamente. Spesso le opinioni dissidenti sono forti e convincenti.

Opinabili le decisioni della Corte, perché? Perché il testo normativo della Convenzione è estremamente vago, è di tipo costituzionale, non è articolato e l'applicazione dei precedenti ai casi concreti consente di fare, anzi impone di fare, quello che nella prassi del *common law* è quotidiano: vincolo del precedente ma anche *distinguishing*. E tutta la discussione si svolge così: io cito un precedente, il collega mi dice: "guarda che sbagli, perché quest'altro precedente è più specifico", oppure io cito un precedente e il collega mi dice "sì ma il caso concreto va distinto per questo elemento del fatto".

E questo elemento del fatto non necessariamente è un elemento del fatto che la legge nazionale aveva tenuto in conto nel descrivere la situazione disciplinata, ma la Corte lo ritiene invece utile nella difesa - come dice, ripetendo una formula antica - "concreta ed effettiva non teorica e illusoria", quindi riferita alla vicenda specifica, del diritto fondamentale fatto valere.

Questo materiale (normativo, come ci ha detto la Corte costituzionale), che è di migliaia di sentenze, riguarda casi concreti in cui c'è una *ratio decidendi* da identificare, vedendone le applicazioni concrete.

Tutto questo enorme bagaglio giurisprudenziale è quello a cui la Corte Costituzionale ha fatto rinvio per la interpretazione adeguatrice da parte dei giudici ordinari o per la Corte costituzionale stessa nel risolvere la questione di costituzionalità.

Allora è sbagliato pensare di poter fare, con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quello che molti sono abituati a fare con la Corte di cassazione. La Corte di cassazione ha spesso giurisprudenza coeva contrastante; donde la tendenza è trovare la sentenza buona che regge la mia tesi.

Farlo con la Corte di Strasburgo sarebbe un gravissimo errore: faccio due esempi sempre in materia di concorrenza di diritti fondamentali o interessi legittimi degli Stati che siano in conflitto.

In materia di libertà di espressione, la sentenza *von Hannover c. Germania*: la ricorrente von Hannover è Cristina di Monaco, principessa del Principato di Monaco, fotografata coi figli in ambiente suo privato, in giardino e a passeggio, niente di imbarazzante o interessante nelle fotografie, ma certamente una forzatura del diritto al riserbo, alla riservatezza della vita privata. Causa civile in Germania e i giudici tedeschi nel corso dei vari gradi, prendono posizioni anche diverse, finché in Corte costituzionale tedesca (in Germania c'è il ricorso diretto alla Corte costituzionale, nel caso concreto) finalmente dicono che prevale il diritto alla libera manifestazione del pensiero, cioè alle attività giornalistiche perché nel caso di specie si tratta comunque di personaggio pubblico. La principessa di Monaco ha una posizione costituzionale nel Principato di Monaco, oltre a essere persona nota.

Ricorso alla Corte europea, che dice il contrario: vero è che si tratta di personaggio pubblico, ma nessun interesse per il dibattito pubblico, era presente nel caso concreto (in una società democratica etc. etc.; vedi le formule dell'art. 8 e 10 della Convenzione), quindi prevaleva l'art. 8 della Convenzione sull'articolo 10.

Allora se, sulla base di quella sentenza, si pretendesse di dire: "nella Convenzione europea e quindi nel sistema italiano attraverso l'articolo 117, prevale il diritto alla riservatezza della persona rispetto alla espressione del pensiero e alla attività giornalistica" si sbaglierebbe perché quella sentenza è limitata al caso specifico, al dettaglio del caso specifico. Ce ne sono molte altre che invece dicono che il personaggio pubblico è più esposto al controllo pubblico e persino alla critica, anche alla critica violenta.

Altro esempio: *Dupuis c. Francia*. Il signor Dupuis era un giornalista di *Le Monde* il quale aveva pubblicato degli atti processuali, atti dell'istruttoria in corso, in violazione del segreto istruttorio francese (era una istruttoria formale del Giudice istruttore). Era stato condannato ad una multa per violazione del segreto istruttorio.

La vicenda concerneva un'istruttoria che si trascinava da anni senza arrivare a conclusione e riguardava le intercetta-

zioni illegali disposte dal Presidente Mitterrand dall'Eliseo (aveva creato una cellula di intercettazioni telefoniche illegali sotto pretesto della lotta al terrorismo e in realtà intercettava giornalisti). La vicenda era di enorme valore e interesse pubblico, i pilastri dei principi costituzionali erano messi in discussione.

La Corte europea ha trovato violazione dell'art. 10 in quel caso perché la materia, il fatto, la notizia che è stata data, era fondamentale nel dibattito pubblico, anche se era in violazione di un valore che la Corte ha riconosciuto (le istruttorie, in certa misura, in certe fasi, meritano di essere tutelate dal segreto, per varie ragioni). Se tirassimo da *Dupuis c. Francia* il principio che la libertà di espressione del giornalista prevale sul segreto istruttorio, come norma generale e astratta, faremmo un errore tecnico di interpretazione della giurisprudenza della Corte europea.

Credo di dovermi avviare verso la conclusione indicando che in realtà l'interpretazione, la ricostruzione della giurisprudenza di Strasburgo, richiede un lavoro complesso e difficile senza mai pretesa di arrivare ad una conclusione indiscutibile del tipo vero/falso, come invece pretendono di poter fare i giuristi di *civil law*, interpretando i testi scritti.

La giurisprudenza della Corte europea fornisce un materiale normativo che è eterogeneo rispetto all'altro materiale normativo, cioè la legge interna, che viene messa in confronto, in competizione.

Osservo anche che la formula "così come interpretata dalla Corte europea", rinvia al contenuto della sua giurisprudenza, ma significa anche e prima di tutto rinvio al metodo che produce quel materiale. Il metodo consiste nella valutazione del caso concreto.

Non c'è nulla dell'automatismo dell'operare del giudice "bouche de la loi", nulla dell'aspirazione dei giudici di *civil law* all'automatismo, all'atto dovuto, "è così e non può essere altro che così". Il sistema della interazione della giurisprudenza europea sui diritti fondamentali con il quadro normativo nazionale ha fatto finire le certezze (pretese, più che reali), ha messo in mano ai giudici più responsabilità nell'assicurare ai cittadini più tutela.

---

# Il diritto allo status ed al nome delle persone nella CEDU e negli ordinamenti nazionali: recenti tendenze

---

**Sergio Maria Carbone**

*Emerito di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova*

**Sommario:** 1. *Le garanzie del rispetto dei diritti previsti nella CEDU nell'ambito dell'ordinamento italiano.* - 2. *Le garanzie dei diritti della persona nell'ambito dell'ordinamento U.E. e la loro attuazione nell'ordinamento italiano. In particolare, il c.d. previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.* - 3. *La tutela dei diritti previsti dagli artt. 6 e 8 CEDU ed i condizionamenti dell'ordine pubblico del foro e delle norme sui conflitti di legge.* - 4. *Il ruolo della giurisprudenza della Corte EDU nella configurazione delle situazioni protette dalla CEDU.* - 5. *Il diritto al nome acquisito in uno Stato e consolidato nella pratica. Il problema del riconoscimento dei suoi effetti nello Stato di cittadinanza.*

## 1. Le garanzie del rispetto dei diritti previsti nella CEDU nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Come è noto la Corte Costituzionale (nella sentenza n. 348 del 2007) esclude che la CEDU possa godere nell'ambito dell'ordinamento italiano di un trattamento e delle garanzie propri dell'ordinamento dell'Unione Europea. Si è, infatti, precisato che con l'adesione all'Unione europea "l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio di natura sopranazionale cedendo parte della sua sovranità" mentre la CEDU, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti nel significato e con la più estesa portata propri delle disposizioni appartenenti all'ordinamento della U.E. E tanto meno essa è in grado di imporre ai giudici ordinari di garantire direttamente effetti preclusivi dell'applicazione di norme interne confliggenti con le disposizioni della CEDU. Da essa "derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento italiano in un sistema più vasto dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri", provviste di specifici e peculiari meccanismi di garanzia diretta della loro immediata attuazione da parte dei giudici ordinari e delle autorità amministrative.

Si esclude, in tal modo, che meccanismi di garanzia specifici dell'ordinamento dell'Unione Europea possano essere estesi a favore delle norme e dei principi della CEDU allorché operino al di fuori delle attribuzioni proprie dell'U.E. e in difetto di una loro specifica rilevanza in tale ambito. Si riconosce, comunque, che norme e principi della CEDU abbiano un effetto diretto a favore di posizioni giuridiche individuali dei soggetti che ne risultano beneficiari precisando, peraltro, che a tali loro effetti debba essere fornita adeguata tutela rispetto a corrispondenti norme interne con essi conflittuali in virtù di meccanismi e di criteri propri dell'ordinamento giuridico italiano. Pertanto, tali norme devono essere trattate alla stregua delle situazioni in cui ci si trovi in presenza di disposizioni legislative viziata da incostituzionalità.

In realtà, difettando la CEDU di strumenti e modalità di-

rettamente imposti ai giudici ed alle autorità nazionali ai fini della risoluzione di tali conflitti, non si vede alcuna giustificazione per consentire l'utilizzazione e l'estensione dell'operatività di strumenti e meccanismi di garanzia propri di un sistema ordinamentale diverso da quello italiano (e cioè quelli dell'ordinamento della U.E.) con disapplicazione della norma interna confliggente con i principi della CEDU allorché questi ultimi non rilevino rispetto ad una disciplina interna con essi conflittuale relativamente a materie regolate dal diritto dell'Unione Europea. I meccanismi e gli strumenti processuali di garanzia degli effetti diretti delle norme e dei principi della CEDU a proposito di materie estranee alla disciplina della U.E. (in quanto tali non riconducibili ad essa) dovranno, quindi, essere quelli "messi a disposizione" dall'ordinamento italiano a tutela dei diritti costituzionalmente protetti nei confronti di situazioni con essi conflittuali prodotte da normative interne. È questo, infatti, il massimo di tutela che al riguardo può essere fornita dal nostro ordinamento a protezione dei diritti e dei valori in esso operanti ai quali vengono equiparati quelli previsti dalla CEDU. Nessuna protezione ulteriore o differente si giustifica. In particolare, non quella specificamente prevista e garantita a beneficio delle norme e dei principi dell'U.E. che è direttamente regolata da tale ordinamento ed è destinata ad operare solamente in tale ambito al quale è specificamente ed esclusivamente dedicata.

Né in senso contrario può invocarsi l'art. 6 TUE ed in particolare il suo par. 3 argomentando dalla circostanza che i principi della CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sono principi generali che fanno parte del diritto dell'Unione e devono sempre potersi giovare delle garanzie previste in questo ordinamento. Infatti, al riguardo si riscontra un convergente indirizzo della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia che hanno, in particolare, decisamente escluso qualsiasi rilevanza dell'art. 6, par. 3 TUE al fine di estendere le garanzie relative alla tutela della coerenza delle norme nazionali con i principi della U.E. anche in materie ad essa estranee. In particolare, analogamente a quanto indicato nella decisione della Corte Costituzionale innanzi citata, nella recente sentenza del 24 aprile 2012 (in causa C-571/10, *Kamberaj*) la Corte di Giustizia non ha avuto alcuna esitazione ad escludere che l'art. 6 par. 3 TUE possa essere interpretato – come da alcuni proposto – secondo criteri in virtù dei quali i giudici nazionali devono applicare direttamente ed immediatamente anche le norme ed i principi della CEDU, disapplicando le disposizioni nazionali con essi in contrasto, non solo allorché si tratti di materie appartenenti alla competenza della U.E., ma in ogni caso anche all'esterno di tale ambito. Si è, così, precisato che tale soluzione non trova fondamento neppure nell'ordinamento dell'U.E. in quanto "l'art. 6 par. 3 TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti

giuridici degli Stati e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale”.

Ed a conferma di quanto indicato, si è precisato che neppure l'art. 52 par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., in virtù del quale si prevede che il diritto dell'Unione può concedere una protezione dei diritti dell'uomo più estesa di quella contenuta nella CEDU, debba essere inteso come rivolto a provocare una incorporazione nel suo ambito dei principi CEDU con caratteristiche tali da estendere ad essi il trattamento e le specifiche garanzie previste dall'ordinamento dell'Unione anche al di fuori delle materie in esso ricomprese. In realtà, i diritti fondamentali propri dell'U.E. e quelli della CEDU sono caratterizzati da un ambito di applicazione non necessariamente coincidente e svolgono una diversa funzione pur con reciproche interferenze ed interazioni. Mentre la CEDU opera nei riguardi di qualsiasi situazione individuale che rileva all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti, i diritti previsti nel sistema normativo della U.E., comprensivo delle garanzie dello standard minimo dei diritti dell'uomo previsti dalla CEDU, hanno un ambito più ristretto essendo limitati nella loro operatività alle materie per le quali sia intervenuto il trasferimento della sovranità (totale o parziale) a favore di tale ordinamento. Ed al riguardo, nessun dubbio che in tale trasferimento di sovranità non risulta ricompreso alcun obbligo da parte degli ordinamenti statali appartenenti alla U.E. di fornire, a favore dei diritti contenuti nelle norme della CEDU, lo stesso trattamento e le stesse garanzie assicurati ai diritti riconosciuti nell'ordinamento dell'Unione nelle materie di sua competenza.

## **2. Le garanzie dei diritti della persona nell'ambito dell'ordinamento U.E. e la loro attuazione nell'ordinamento italiano. In particolare, il c.d. previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.**

Risulta, quindi, un sistema nel quale, allorché ci si trovi in presenza di norme di provenienza CEDU a formulazione compiuta ed immediatamente utilizzabili a favore dei relativi soggetti che ne risultano beneficiari, esse sono in grado di produrre “effetti diretti” consentendo al giudice interno di applicarle con immediatezza operativa a loro beneficio. Esse, pertanto, dovranno essere direttamente utilizzate dalle varie giurisdizioni nazionali a favore di chi se ne può avvantaggiare. Peraltro, in presenza di una normativa interna che si ponga in contrasto con esse si avrà un regime garantistico differente da quello previsto per le norme direttamente applicabili appartenenti alla U.E. al fine di realizzare compiutamente tali effetti ed escludere qualsiasi interferenza al riguardo da eventuali normative con essi confliggenti esistenti negli ordinamenti interni.

Infatti, in presenza di un contrasto di norme interne con le disposizioni della CEDU operanti all'esterno dell'ambito di applicazione dell'U.E., la garanzia della loro diretta applicazione si deve individuare, all'interno di ciascun ordinamento nazionale, in quella maggiormente protettiva di tali loro effetti. Per quanto riguarda in particolare l'ordinamento italiano, così, tale garanzia si riscontra nel controllo di costituzionalità rispetto al quale le disposizioni ed i principi della CEDU assumono – come è noto – rilevanza quale parametro normativo interposto rispetto ad altre norme nazionali con essi contrastanti.

Tanto più che il meccanismo di controllo accentratore della Corte Costituzionale eccezionalmente rileva anche a tutela dei valori espressi dall'ordinamento dell'U.E.. Infatti, a garanzia dell'applicazione a beneficio degli individui e dei principi dell'U.E. che non abbiano caratteristiche tali da essere

direttamente applicabili perché sprovvisti di completezza normativa e siano contraddetti da disposizioni nazionali. Gli individui, non potendo giovare del meccanismo della di-sapplicazione e di alcuna altra garanzia esistente e prevista dall'ordinamento della U.E., dovranno necessariamente utilizzare gli stessi meccanismi previsti in ambito nazionale per la tutela dei loro diritti alla corretta applicazione delle norme internazionali rispetto a disposizioni nazionali che siano con esse in contrasto. Del resto, ancora di recente, la Corte Costituzionale (sent. n. 227 del 2010) non ha esitato a ribadire che esiste “il potere-dovere del giudice comune ... di ... sollevare questione di legittimità costituzionale” in presenza di un “contrasto (delle disposizioni nazionali) con norme comunitarie prive di effetto diretto” confermando, così, le indicazioni ora accennate e già presenti nella sentenza n. 170 del 1984.

Ma anche in tal caso, allorché si tratti di valutare il contrasto con principi e norme appartenenti all'U.E., privi della caratteristica di produrre “effetti diretti” nel significato innanzi precisato, il rinvio alla Corte Costituzionale deve essere preceduto dalla soluzione presso il giudice *a quo* di ogni questione relativa all'interpretazione e alla validità degli atti adottati nell'ambito dell'Unione Europea nel rispetto delle competenze e della procedura in tale sede prevista. Pertanto, in presenza di potenziali conflitti tra una norma interna e principi di diritto dell'Unione Europea nei casi in cui risultino sforniti dei requisiti necessari per provocare la diretta disapplicazione delle disposizioni nazionali con essi contrastanti, dovrà essere richiesto pregiudizialmente l'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia. Al riguardo la giurisprudenza è inequivoca. Un esempio. Ancora da ultimo (ord. n. 75 del 2012), infatti, è stato confermato che “il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto comunitario va risolto eventualmente con l'ausilio della Corte di Giustizia prima che sia sollevata questione di legittimità costituzionale pena l'irrelevanza della questione stessa”.

Quanto ora indicato consente di avere anche un preciso riscontro della progressiva erosione dell'effettivo ruolo riservato alla Corte Costituzionale a favore di altre giurisdizioni a tutela dei diritti fondamentali della persona. Tanto più se del previo esaurimento dei ricorsi interni, al fine di far valere la lesione di tali diritti innanzi alla Corte EDU, si assume una nozione talmente ampia da ritenerlo soddisfatto, come di recente è stato precisato, in presenza del solo riconoscimento da parte del governo che, nell'ambito del suo ordinamento di appartenenza, la misura di cui si richiede l'applicazione in attuazione di un diritto garantito dalla CEDU “*est interdicte de manière absolue par la loi*” (Corte EDU, 28 agosto 2012 nel caso 54270/10 spec. par. 38 e 73). Di tale erosione, comunque, non vi è dubbio soprattutto allorché i principi disciplinati dalla CEDU sono ricompresi a vario titolo, e sono destinati ad operare, nell'ambito delle competenze assegnate al diritto della U.E. Tanto che la Corte Costituzionale ha evitato di decidere le questioni di costituzionalità ad essa sottoposte in pendenza della risoluzione di identiche o di connesse problematiche innanzi alla Corte di Giustizia.

Da ciò consegue che risulta inammissibile il rinvio alla Corte Costituzionale in presenza di incertezze interpretative relative alla incidenza sui diritti degli individui dei precisi contenuti dei principi della CEDU e della Carta Europea rispetto alla portata delle norme nazionali ritenute in contrasto con essi. Pertanto, solamente se, nonostante l'ausilio della Corte di Giustizia, il suo esito non permette di risolvere il conflitto tra norme nazionali e principi U.E. presso il Giudice *a quo* attraverso un risultato interpretativo ed applicativo di tali disposizioni che escluda qualsiasi ulteriore rilevanza alle pro-

blematiche costituzionali, sarà ammissibile il rinvio alla Corte Costituzionale.

### **3. La tutela dei diritti previsti dagli artt. 6 e 8 CEDU ed i condizionamenti dell'ordine pubblico del foro e delle norme sui conflitti di legge.**

Sotto un particolare profilo l'incidenza sulle situazioni individuali degli effetti diretti dei principi fondamentali a tutela dei diritti dell'uomo di cui alla Carta Europea ed alla CEDU è stata particolarmente significativa nella giurisprudenza più recente. Infatti, allorché si è fatta valere la necessità di tener conto del rispetto dei principi relativi all'ordine pubblico della *lex fori*, e/o dei principi di diritto internazionale privato con riferimento alla disciplina e/o agli effetti di situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità, non si è avuta alcuna esitazione nell'osservare che tali principi non potevano in alcun modo incidere negativamente sulla disciplina di tali situazioni legittimate da principi e da diritti riconosciuti dalla Carta Europea e dalla CEDU.

In particolare, con specifico riferimento alle limitazioni relative all'operatività dell'ordine pubblico, gli effetti diretti della CEDU, e la loro prevalenza sulle esigenze dell'ordine pubblico dello Stato in cui tali effetti sono invocati, sono stati particolarmente significativi allorché si è affermata la loro natura di "*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*" condizionante qualsiasi valutazione degli ordinamenti nazionali (Corte EDU, sentenza della Grande Chambre; 30 giugno 2005 nel caso 45036/98). Ed in tale prospettiva, quindi, anche le soluzioni adottate nei vari ordinamenti statali con riguardo ai vincoli ed ai limiti al riconoscimento degli effetti prodotti da atti normativi o giudiziari stranieri e dalle situazioni giuridiche su cui essi hanno inciso non possono prescindere dalla valutazione della loro eventuale diretta legittimazione sulla base dei principi della CEDU che è destinata a prevalere rispetto a qualsiasi altro diritto o disciplina previsti dalla *lex fori* e dalle altre norme statali da essa richiamate.

Tra gli esempi più recenti, particolarmente significativo di quanto ora indicato, è il caso *Négrépontis* (deciso con la sentenza della Corte EDU del 3 maggio 2011 nel caso 56759/08). Si trattava di valutare se il diritto fondamentale al rispetto della vita privata familiare (di cui all'art. 8 della CEDU) ed il diritto ad ottenere il riconoscimento dei provvedimenti stranieri che incidono su di essa (di cui all'art. 6 CEDU) dovevano essere estesi anche a situazioni che si erano consolidate in una determinata realtà sociale a prescindere dalla loro mancata legittimazione in virtù (e della loro coerenza con i contenuti) della legge indicata dalle rilevanti disposizioni di diritto internazionale privato e dall'operatività di contrastanti principi di ordine pubblico della *lex fori*. In particolare si trattava di decidere se gli effetti di un provvedimento statunitense (dello stato del Michigan) di adozione del nipote maggiorenne da parte dello zio vescovo appartenente alla chiesa greco-ortodossa potessero essere legittimamente rifiutati in occasione dell'attribuzione dell'eredità dello zio in virtù del limite dell'ordine pubblico da parte dei giudici greci invocando, a fondamento di tale rifiuto, i principi fondamentali espressamente richiamati dall'art. 3 della Costituzione greca tra i quali dovevano essere ricompresi anche i principi relativi alle ideologie morali e religiose della Chiesa Orientale del Cristo ostatici all'adozione da parte di uno zio vescovo del proprio nipote.

Ed in realtà, sono stati proprio gli effetti riconosciuti, in particolare dagli artt. 6 e 8 della CEDU, direttamente a favore degli individui, a prescindere da qualsiasi ulteriore intermediazione attuativa in ambito statale, che hanno consentito di escludere l'operatività dell'ordine pubblico greco, con i contenuti e gli effetti ora indicati, nei confronti del rapporto

adottivo che si era instaurato tra lo zio vescovo ed il nipote. Né in senso contrario sono state considerate rilevanti le circostanze che entrambi al momento del decesso dello zio fossero residenti in Grecia, il nipote da tempo non avesse più alcun collegamento con gli Stati Uniti, avesse una residenza stabile in Grecia di cui aveva mantenuto la cittadinanza e gli effetti del rapporto adottivo venissero fatti valere a fini ereditari su beni presenti in territorio greco. Si è ritenuto, infatti, che in presenza di una situazione relativa alla vita familiare di una persona in quanto stabilmente consolidata nel tempo e legittimata da un provvedimento giurisdizionale straniero nell'ambito di uno Stato nel quale sia lo zio che il nipote erano in quel tempo residenti (anche se quest'ultimo solo temporaneamente in funzione della finalizzazione dei suoi studi), i principi di ordine pubblico del foro contrari alla situazione innanzi indicata non potessero essere invocati in senso ostatico al riconoscimento dei relativi effetti.

È ben vero che gli effetti innanzi indicati non devono essere, in ogni caso, meccanicamente applicati, ma esigono un'attenta valutazione di merito di ogni specifica situazione che comporta, da un lato, la verifica dell'effettiva meritevolezza dell'affidamento dei soggetti interessati alla stabilità del rapporto e della sua tutela e, dall'altro, della ricaduta sociale eventualmente negativa dei relativi effetti da parametrarsi a quelli positivi innanzi accennati nei confronti degli individui in essa coinvolti. Ma è altrettanto vero che il principio del rispetto della stabilità dei rapporti familiari e il diritto a veder riconosciuti i provvedimenti giurisdizionali stranieri sono stati applicati dalla Corte EDU riconoscendo in tali situazioni una particolarmente intensa ed estesa tutela normativa a favore degli affidamenti in essi riposti da parte degli individui interessati, con effetti grandemente limitativi dei margini di impiego consentiti alla *lex fori* ed ai giudici nella concreta operatività al riguardo dei principi dell'ordine pubblico e più in generale del funzionamento del loro sistema nazionale di diritto internazionale privato e processuale. Tanto che, proprio in funzione dell'operatività dei diritti individuali nel significato riconosciuto dalla CEDU e della loro interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, una parte della dottrina ha osservato che: "*l'ordre public perd, au vu de cet arrêt (Négrépontis), le caractère essentiellement national qui le caractérisait naguère*". Il che, peraltro, non deve stupire in considerazione della portata riconosciuta alla CEDU e del ruolo funzionalmente costituzionale ad essa attribuito con i conseguenti effetti limitativi della sovranità degli Stati contraenti.

### **4. Il ruolo della giurisprudenza della Corte EDU nella configurazione delle situazioni protette dalla CEDU.**

Nella ricostruzione di tali contenuti normativi, peraltro, l'interprete si è grandemente giovato dei risultati cui è giunta la giurisprudenza elaborata direttamente dalla Corte EDU. È ad essa che ci si è rivolti per valutare se i diritti primari previsti dalla CEDU, volta a volta invocati innanzi ai giudici nazionali, possono considerarsi dotati di un contenuto adeguato da consentire, senza ulteriori specificazioni normative, la produzione di effetti orizzontali giustiziabili nell'ambito dei rapporti interprivati. Naturalmente, nel valutare tale apporto della Corte EDU, si dovrà tenere conto dei relativi effetti che la sua giurisprudenza produce all'interno dei vari ordinamenti nazionali in funzione delle loro specifiche caratteristiche. Al riguardo, in realtà, è ben vero che l'art. 46 CEDU sembra limitare gli effetti delle sentenze della Corte EDU prevedendo che esse vincolano soltanto gli Stati che sono parti innanzi ad essa nelle relative controversie "a conformarsi alle sentenze definitive della Corte". Ma è altrettanto vero che, in ogni caso, ad esse è stata riconosciuta una efficacia persuasiva di cui gli organi di tutti gli Stati contraenti

della CEDU non possono fare a meno di tenere conto anche se non coinvolte nel procedimento in occasione del quale sono state pronunciate. Si è rilevato, infatti, che gli esiti della giurisprudenza della Corte EDU indicano agli organi degli Stati membri che una diversa soluzione eventualmente adottata da parte dei giudici conduce all'accertamento di una violazione della CEDU.

In altri termini, sebbene le sentenze della Corte EDU non siano di per sé vincolanti *erga omnes*, si può affermare che esse rappresentano un vincolo nella applicazione ed alla operatività della Convenzione "nell'efficacia concretizzata dalla Corte".

Anzi, la Corte Costituzionale (nella sentenza n. 311 del 2009) ha addirittura affermato che "al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti". Pertanto, in caso di contrasto tra norme interne e norme della CEDU, si dovrà procedere ad una interpretazione delle disposizioni nazionali "conforme a quella convenzionale fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto" in modo da rispettare la sentenza della giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente.

In tal modo, nell'ordinamento italiano, si riconosce alla giurisprudenza della Corte EDU una funzione determinante nella configurazione e negli effetti relativi ai diritti tutelati dalla CEDU con una portata più rilevante di quanto ad essa riconosciuto in altri ordinamenti. Infatti, ad esempio, nell'ordinamento inglese ci si limita ad indicare (sect. 2 of Human Rights Act 1998) l'esigenza di "take into account relevant ECtHR jurisprudence when determining a Convention right issue". Anzi, al riguardo, la House of Lords ha ritenuto precisare e limitare tale esigenza nel senso che le sentenze della Corte EDU non sono "directly binding as a matter of our domestic law on the courts" (R. v. Lyons, 2003, 1AC 976).

Quindi, per un verso, solo se esiste una "clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental or procedural aspect of our law" alcuni ordinamenti "consider that it would be wrong ... not to follow that line" (R. v. Special Adjudicator, 2004, 2 AC, 323). Per altro verso risulta anche che in tali ordinamenti i precedenti della Corte EDU non sono vincolanti sia nei casi in cui "decisions of the European Court do not speak with one voice" (o sono lacunose o ambigue), sia allorché le decisioni non risultano "entirely convincing". Ed al riguardo, si riconosce ai giudici nazionali un ampio margine di discrezionalità osservando che è "for the national authorities to decide for themselves" ed è possibile che "different Member States may well give different answers" (In re P, 2008, 3 WLR, 76).

In ogni caso, il ruolo quanto meno "persuasivo" o "orientativo" della giurisprudenza della Corte EDU nella configurazione *erga omnes* delle situazioni giuridiche protette dalla CEDU che devono trovare concreta attuazione e riconoscimento all'interno degli ordinamenti nazionali da parte dei giudici ordinari, anche al di là dei limiti che caratterizzano il caso di specie in concreto deciso, non è messo in discussione, se pur con effetti più o meno accentuati, nonostante le apparenti limitazioni innanzi indicate di cui all'art. 46 CEDU. A conferma di quanto indicato è sufficiente ricordare che l'evoluzione relativa agli effetti dei principi della CEDU con riguardo alle normative nazionali sui conflitti di leggi di cui è espressione il caso *Négrépontis* ha importanti ed autorevoli precedenti nella stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed ha trovato significative applicazioni da parte dei giudici nazionali. Per quanto riguarda i precedenti della Corte EDU è sufficiente ricordare il caso *Wagner* (deciso da CEHR con sentenza 28 giugno 2007 n. 76240/01) in occa-

sione del quale il principio della protezione della vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU è stato qualificato, insieme agli altri principi in essa previsti, come un "living instrument" da interpretarsi "in light of present-day conditions" (spec. par. 135). Se ne è così riconosciuta l'operatività anche a favore di "family ties that pre-existed de facto ... and this dispense with the actual examination of the situation" consentendo di non tener conto dei principi di diritto internazionale privato al riguardo rilevanti ed in particolare dei "limits which Luxembourg law places on full adoption".

Pertanto, si è riconosciuto in Lussemburgo lo status familiare di adozioni ottenute all'estero da parte di un cittadino lussemburghese a prescindere da qualsiasi limite o indicazione alternativa contenuti nelle rilevanti disposizioni di diritto internazionale privato e processuale dell'ordinamento lussemburghese. Si è ritenuto, infatti, che fosse preclusa ai giudici la possibilità di riconoscere alle "Luxembourg conflict rules precedence over the social reality" della vita familiare ed in particolare priorità di applicazione nell'ordinamento indicato dalle norme di diritto internazionale privato sui diritti previsti al riguardo da altro ordinamento, ed in esso consolidati nel tempo in virtù di un provvedimento giurisdizionale, in quanto direttamente tutelati dal rispetto del diritto alla vita familiare previsto nella CEDU all'art. 8.

## **5. Il diritto al nome acquisito in uno Stato e consolidato nella pratica. Il problema del riconoscimento dei suoi effetti nello Stato di cittadinanza.**

Nello stesso senso ora indicato, in *Garcia Avello* (sentenza C.G.U.E., 2 ottobre 2003, in causa C – 148/02) non si era avuta esitazione a precisare, in termini tendenzialmente assoluti, la portata del diritto all'identità personale con specifico riguardo al diritto di fruire del nome registrato regolarmente al momento della nascita in uno Stato di cui si ha la cittadinanza anche in altro Stato membro del quale parimenti si possiede la cittadinanza (punto 39). Si è osservato, infatti, che il mancato riconoscimento del nome, legittimamente registrato al momento della nascita nello Stato di sua cittadinanza, negli altri Stati, compreso quello di cui pur possiede una ulteriore cittadinanza, comporta "seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato" non potendosi valere il soggetto interessato di tutti gli effetti derivanti dai documenti redatti con il cognome di cui allo Stato di originaria registrazione. Il che avrebbe inevitabilmente inciso negativamente anche sul diritto di tale soggetto di spostarsi, in qualità di cittadino dell'Unione, tra gli Stati membri e successivamente vivere, studiare, lavorare, chiedere sussidi, espletare formalità amministrative in ciascuno Stato fruendo dello stesso nome ad esso legittimamente registrato al momento della sua nascita.

Tali principi sono stati ulteriormente precisati, nella stessa direzione, in occasione della successiva causa *Matthias Grunkin-Paul* (sentenza C.G.U.E. 14 ottobre 2008, in causa C – 953/06). Anche in tale sede, infatti, si è confermata la caratterizzazione come assoluto del diritto all'integrale formulazione del nome di un cittadino tedesco, secondo la registrazione effettuata nel suo Stato di nascita e residenza. Ne è conseguita, quindi, l'esclusione che lo Stato di cui esso risultava cittadino potesse rifiutare di riconoscere il nome in tal modo registrato. Si osserva, in particolare, che in senso ostativo a quanto ora indicato non rileva né l'esigenza di evitare nomi composti secondo la disciplina accolta nello Stato tedesco di sua cittadinanza né la presenza di norme sui conflitti di leggi di tale ordinamento in virtù delle quali il nome di una persona deve essere disciplinato dalla sua legge nazionale e non da quella dello Stato della sua nascita a prescindere dal luogo della sua originaria registrazione e da quello della sua residenza.

Si conferma, quindi, l'esigenza di garantire il diritto al nome, da un lato, concedendo un adeguato spazio al "riconoscimento della scelta di un nome validamente operata in conformità alle leggi di altro Stato membro" e, dall'altro, evitando che i cittadini degli Stati membri possano "essere obbligati a portare nomi diversi a sensi delle leggi di Stati membri diversi". Allo stesso tempo, al fine di garantire la massima effettività al diritto all'identità personale, si precisa l'esigenza di privilegiare, nella massima misura possibile, libertà e scelte individuali operate legalmente nell'ambito di un ordinamento statale con corrispondente riduzione dello spazio di intervento in senso limitativo degli effetti di tali scelte in virtù del limite dell'ordine pubblico da parte degli altri Stati in cui tali effetti sono fatti valere ed in particolare dello Stato di cui il soggetto interessato ha la cittadinanza. In tal senso, quindi, l'esigenza di quest'ultimo Stato di evitare la circolazione di suoi cittadini con nomi composti non è stata considerata adeguata a giustificare il disconoscimento degli effetti dell'acquisizione di un nome da parte di un suo cittadino in un altro Stato invocando al riguardo il limite dell'ordine pubblico.

Peraltro, in occasione di una recente sentenza della Corte di Lussemburgo (22 dicembre 2010 in causa C – 208/09) nel caso *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, l'assolutezza della tutela del diritto ad un nome legittimamente acquisito e consolidato nella pratica è stata in parte ridimensionata. Si è ritenuto, infatti, giustificato il rifiuto opposto dall'Austria di registrare l'integrale formulazione del cognome legittimamente acquisito da un proprio cittadino in Germania a seguito della sua adozione da parte di un principe tedesco di cui aveva ottenuto, appunto, il nome patronimico in virtù di successiva e specifica ordinanza dello stesso giudice tedesco che aveva pronunciato l'adozione. In questo caso, infatti il rifiuto al riconoscimento dell'integrale formulazione del cognome acquisito (e cioè "*Fürstin von Sayn – Wittgenstein*") è stato considerato legittimo nonostante fosse invocato dall'interessata, con argomentazioni condivise (se pur con qualche riserva) da parte della Commissione, il suo diritto a mantenere la completa formulazione di un cognome acquisito ed abitual-

mente impiegato da oltre quindici anni in virtù del suo diritto al "rispetto della sua vita privata familiare" dovuto in virtù dell'art. 8 della CEDU oltreché del suo diritto a circolare e soggiornare negli Stati membri con lo stesso nome ai sensi dell'art. 21 TFUE. Ed al riguardo, a conferma di tale suo diritto a sensi della CEDU, veniva invocato anche l'ulteriore argomento che il nome legalmente acquisito in Germania era menzionato in precedenti atti ufficiali austriaci che, in tal modo, avevano contribuito quantomeno a consolidarne l'uso.

In realtà, nel caso di specie, nonostante i precedenti innanzi ricordati che comunque non vengono espressamente contraddetti, la Corte ha legittimato il rifiuto del riconoscimento del nome acquisito nello Stato di sua residenza da parte di una cittadina austriaca ed impiegato per alcuni lustri. Anzi, di tali precedenti non si ha esitazione a ribadire la validità (punto 71), pur riscontrando, nel caso di specie, la presenza di circostanze e principi specifici che ne giustificano la deroga. Si tratta del principio relativo al rispetto dovuto all'ordinamento dello Stato di cittadinanza di non veder turbate le caratteristiche dei c.d. valori non negoziabili della sua "identità nazionale" dagli effetti derivanti dal riconoscimento dell'integrale formulazione del nome adottato nell'ordinamento tedesco anche se esso risulta consolidato nel tempo. La circostanza che lo Stato austriaco avesse abolito i titoli nobiliari e che tale abolizione fosse assunta ad elemento costitutivo di un valore essenziale e caratterizzante dell'identità nazionale è stata, pertanto, considerata adeguata e sufficiente a far qualificare tale principio come appartenente all'ordine pubblico di tale ordinamento.

In tale prospettiva, quindi, il diritto al nome ed alla identità personale viene, così, riconosciuto limitatamente alla sola formulazione di "*Sayn – Wittgenstein*" con un intervento di disconoscimento della parte del nome relativa agli elementi nobiliari di esso considerato sufficiente, necessario e proporzionato, rispetto all'effettiva tutela del fine di realizzare un valore costituzionalmente protetto dall'ordinamento austriaco ed ulteriormente giustificato in virtù del principio di eguaglianza tra cittadini.

---

# “Le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto”.

## La giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007

---

**Giampaolo Parodi**

*Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pavia*

1. Nella giurisprudenza costituzionale è reiterata la precisazione, formulata già nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, che il parametro esterno costituito dalle disposizioni della Convenzione e dai suoi protocolli va assunto nell'interpretazione della Corte europea<sup>1</sup>, alla luce dei suoi “approdi ermeneutici”<sup>2</sup>. Si tratta di una “funzione interpretativa *eminente*, che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia”<sup>3</sup>. Nella sent. n. 39/2008, più marcatamente, si ragiona di *soggezione* all'interpretazione della Corte di Strasburgo, “alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono *vincolati* ad uniformarsi”<sup>4</sup>.

Sebbene la Corte non manchi di evocare la categoria del diritto vivente<sup>5</sup>, non si considera decisivo, ai fini dell'integrazione del parametro, il grado di consolidamento dell'interpretazione richiamata<sup>6</sup>. Non mancano casi nei quali viene segnalata la presenza, su un tema specifico, di un “indirizzo consolidato”<sup>7</sup>, ciò che nello stesso sistema della Convenzione non è irrilevante<sup>8</sup>; ma ciò non significa che il giudice costituzionale si ritenga autorizzato ad ignorare una pronuncia della Corte europea per il solo fatto di trovarsi di fronte ad una decisione “isolata”, la quale, comunque, si ritiene di per sé idonea a veicolare una interpretazione “vincolante”. Raramente, poi, gli effetti della “*chose interprétée*” vengono qualificati diversamente a seconda che si tratti di decisioni della *Grande Chambre*, o di una Camera<sup>9</sup>; di “normali” decisioni di condanna, ovvero di sentenze “pilot” (*pilot judgments*) dirette a censurare violazioni strutturali<sup>10</sup> con l'intento, in tali casi più evidente, di determinare conseguenti adeguamenti dell'ordinamento interno<sup>11</sup>.

Né, *prima facie*, il valore della giurisprudenza sovranazionale varia, ai fini del controllo di costituzionalità, a seconda che si tratti di precedenti riguardanti la nostra legislazione, o quella di altre Parti contraenti<sup>12</sup>. Anche se, di fatto, le pronunce di accoglimento per violazione del parametro di derivazione convenzionale seguono di solito decisioni della Corte europea di condanna dello Stato italiano<sup>13</sup>, cosicché, in tali casi, la declaratoria di incostituzionalità non corrisponde tanto al generale vincolo interpretativo in ipotesi derivante da tutte le decisioni definitive della Corte di Strasburgo, ma costituisce piuttosto strumento per assicurare l'adempimento del dovere di esecuzione di una singola pronuncia che abbia censurato una violazione da parte dello Stato italiano, senza che il legislatore si sia successivamente adeguato<sup>14</sup>.

Sebbene la Corte costituzionale non si ritenga abilitata a “sindacare” l'interpretazione resa dalla Corte europea, resta fermo il potere di verificare se la disposizione convenzionale, nell'interpretazione “eminente” resa dal giudice sovranazionale, “si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione”. In tale ipotesi, ritenuta dallo stesso giudice delle leggi “eccezionale”, dovrà essere esclusa l'idoneità

della norma convenzionale a integrare il parametro<sup>15</sup>. Poiché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, l'esigenza che esse siano conformi a Costituzione è “assoluta e inderogabile”<sup>16</sup>. Si prefigura così un duplice controllo, giacché occorre verificare “la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta”<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il controllo di costituzionalità della norma di origine convenzionale, nella sua declinazione giurisprudenziale, costituisce un passaggio essenziale anche in considerazione della latitudine del parametro stesso, destinato a caratterizzare in modo decisivo la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali benché sprovvisto, a parte il caso in cui una disposizione della CEDU risulti ricognitiva di consuetudini internazionali<sup>18</sup>, di rango costituzionale.

Appare quasi superfluo ricordare che nei confronti della CEDU operano – a garanzia della compatibilità delle sue disposizioni con la Costituzione – limiti ben più ampi rispetto ai “controlimiti”, circoscritti ai soli principi fondamentali, destinati ad operare nei confronti delle norme *self-executing* dell'Unione europea. Alla verifica di tale piena compatibilità con le norme costituzionali viene subordinata la “parametricità” delle norme di derivazione convenzionale<sup>19</sup>.

Sebbene, secondo la giurisprudenza costituzionale, la Convenzione non crei un ordinamento giuridico sopranazionale e non produca quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti<sup>20</sup> – chiave di lettura peraltro non condivisa in modo unanime<sup>21</sup> – nelle innumerevoli specificazioni della giurisprudenza di Strasburgo, la CEDU appare collocata in una posizione privilegiata rispetto al diritto dell'Unione europea sotto un profilo importante, costituendo essa un parametro di giudizio di tipo generale, a differenza delle norme e dei principi generali dell'Unione (inclusi quelli desumibili dalla CEDU stessa), la cui applicazione è per contro circoscritta in virtù del principio di attribuzione e dalla dottrina del campo di applicazione, in disparte la reperibilità di alcuni importanti precedenti della Corte di giustizia intesi ad estendere, e talora a forzare, il perimetro del campo di applicazione<sup>22</sup>.

2. Al di là delle enunciazioni programmatiche sopra ricordate, la Corte costituzionale non è (né, forse, può essere) rigorosa oltre una certa misura nell'evitare qualsiasi scostamento dalle opzioni interpretative della giurisprudenza di Strasburgo, in ossequio a un dovere incondizionato di adesione (salvo il controllo di compatibilità costituzionale) del quale, specie quando la decisione sovranazionale non riguardi il nostro ordinamento, neppure la Corte europea pretende l'osservanza<sup>23</sup>.

Vi è più di una tecnica argomentativa, o di giudizio, in grado di rendere meno categorico il dogma della fedeltà all'interpretazione della Corte EDU ed il riconoscimento del suo “monopolio interpretativo”, sia allo scopo di evitare il con-

trasto tra norma convenzionale e disciplina legislativa impugnata, profilo sul quale si torna più avanti; sia per evitare il profilarsi di un contrasto tra CEDU e Costituzione.

In talune specificazioni risultanti dalla giurisprudenza della Corte europea, un problema di compatibilità delle norme convenzionali con la Costituzione può in astratto emergere e, in alcuni casi, si è già delineato.

Si pensi, per fare solo due esempi, alle divergenze relative all'irresponsabilità dei membri del Parlamento e alla valutazione del nesso funzionale quale condizione di applicabilità, esclusiva o meno, dell'art. 68, primo comma, Cost.<sup>24</sup>; ed a quelle concernenti la retroattività delle leggi interpretative e i motivi imperativi di interesse generale che la possono giustificare, sui quali si torna più avanti, oggetto di una giurisprudenza destinata a trovare forse nuovi equilibri a seguito della definizione di una questione recentemente discussa<sup>25</sup>. La segnalata possibilità di disallineamenti non deve in ogni caso meravigliare, trattandosi di un catalogo sovranazionale di diritti in prevalenza – potremmo dire – “di prima generazione”, la cui armonizzazione con l'impianto politico-culturale della nostra Costituzione non è sempre immediata. D'altro canto, l'applicazione in sede europea di tale catalogo risponde alla logica prevalente, se non esclusiva, del controllo di diritto soggettivo con effetti *inter partes*, instaurato (di norma) su ricorso individuale, estranea al controllo di costituzionalità affidato alla Corte costituzionale.

Sotto il profilo del controllo della idoneità delle norme convenzionali ad integrare il parametro di cui all'art. 117, primo comma, una questione preliminare riguarda il concetto stesso di “contrasto” con la Costituzione, che può in astratto presentarsi tra *disposizioni* (convenzionali e costituzionali), o, più facilmente, tra *interpretazioni* giurisprudenziali delle medesime da parte delle Corti EDU e costituzionale.

Non si tratta di casi nei quali il sistema costituzionale semplicemente, ed implicitamente, facoltizzi il legislatore a disporre nell'ambito del costituzionalmente indifferente, ipotizzandosi così una violazione della Costituzione per il solo fatto che la norma della CEDU, nell'interpretazione del giudice europeo, introduce a carico del legislatore un limite inedito, impedendogli di disporre ciò che la Costituzione – senza considerare l'art. 117, primo comma – gli consentirebbe.

Ipotizzare in tale caso un contrasto tra CEDU e Costituzione solo per avere la prima effetti di ulteriore limitazione dell'attività legislativa, per il resto “libera nel fine”, configurerebbe un limite troppo ampio all'applicazione delle norme convenzionali e vanificherebbe la “scelta” del legislatore costituzionale del 2001 di inserire nel primo comma dell'art. 117 il “rinvio mobile”<sup>26</sup> alle norme di diritto internazionale pattizio.

Il contrasto rilevante tra la CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, e la Costituzione potrebbe – eccezionalmente, dice la Corte, e in astratto – profilarsi rispetto a specifiche previsioni costituzionali (ad esempio il richiamato art. 68, primo comma, Cost.); o anche rispetto a disposizioni costituzionali positivamente facoltizzanti, o attributive di poteri costituzionalmente garantiti.

Questo pare il caso dell'art. 70 Cost., ad esempio nella lettura delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che hanno teorizzato una vera e propria funzione di interpretazione autentica spettante al legislatore<sup>27</sup>.

Ancor più delicati sono poi i casi nei quali le pronunce della Corte europea sono invocate per contestare la legittimità di una disciplina legislativa la quale operi un bilanciamento tra principi costituzionali; costituisca il punto di equilibrio tra interessi costituzionalmente tutelati; ovvero risulti a contenuto costituzionalmente vincolato, in termini tali che il preteso rispetto del diritto convenzionalmente garantito si traduca in una lesione di interessi tutelati a livello costituzionale. 3. Va constatato che, fino ad ora, la Corte costituzionale ha

preferito evitare il profilarsi di un vero e proprio contrasto mediante strategie argomentative dirette a temperare l'assolutezza del vincolo all'interpretazione del giudice sovranazionale, senza dover addivenire ad un accertamento dell'incostituzionalità della norma interposta. Nondimeno, nonostante il ricorso alle strategie argomentative sopra richiamate, l'ipotesi di incompatibilità non può essere esclusa *a priori*.

Rispetto a tale evenienza, c'è da chiedersi se conservi attualità l'articolata prospettazione contenuta nella sent. n. 348/2007, nella quale si legge che “nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano”, per il tramite – questo parrebbe il meccanismo evocato – di un'autorimessione avente ad oggetto la legge di esecuzione. Si tratta di un meccanismo teorizzato, anche se non praticato, dalla Corte con riferimento al diritto comunitario e dell'Unione europea, nel caso di applicazione della dottrina dei controlimiti<sup>28</sup>.

Il mero accertamento della “non idoneità” o della “non operatività” del parametro di origine esterna appare in fin dei conti uno strumento adeguato, in una prospettiva di economia dei mezzi giuridici e in quella che privilegia la soluzione meno incidente<sup>29</sup>. Si tratta in ogni caso di una misura, per così dire, non di *routine*, optando preferibilmente la Corte costituzionale per soluzioni interpretative atte ad evitare l'esplicito accertamento di un contrasto e potendo essa discostarsi dalla giurisprudenza europea attraverso schemi argomentativi già praticati e in via di affinamento.

Per quanto concerne l'operazione di raffronto tra disposizioni interne e norme convenzionali, essa è operata sia dal giudice comune, per tentare un adeguamento interpretativo della normativa interna ed evitare così l'instaurazione del giudizio costituzionale in via incidentale, oppure per promuovere quest'ultimo; sia dalla Corte costituzionale, ai fini della successiva definizione del giudizio di costituzionalità.

4. Come anticipato, nella giurisprudenza costituzionale non mancano strumenti idonei ad attenuare il vincolo all'interpretazione della Corte di Strasburgo, sia per disinnescare possibili conflitti tra CEDU e principi costituzionali, sia per escludere il contrasto tra la legge impugnata e le norme convenzionali invocate, nella versione risultante dalla giurisprudenza europea.

Nella sentenza n. 303/2011, sull'art. 32 del “Collegato lavoro”, con ampio corredo di autocitazioni il giudice costituzionale si dichiara competente ad interpretare “a sua volta” le disposizioni della CEDU, “beninteso nel rispetto *sostanziale* della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”<sup>30</sup>. Nella richiamata pronuncia, la Corte si riserva di “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano”. In altri termini, come si è ribadito ancora di recente, occorre rispettare “la sostanza” della giurisprudenza della Corte europea<sup>31</sup>.

Tra gli strumenti utilizzati per allentare la cogenza del riferimento alle interpretazioni della Corte EDU, vi è poi il ricorso ad argomentazioni atte a negare l'assimilabilità delle fattispecie a confronto (*distinguishing*)<sup>32</sup>, oggetto di costante attenzione da parte della dottrina<sup>33</sup>.

Una certa relativizzazione della cogenza dell'interpretazione della Corte EDU si registra anche attraverso il rinvio al principio per cui l'applicazione della CEDU si giustifica se assicura un “plus” di tutela, ciò che *prima facie* corrisponde a quanto previsto dall'art. 53 della Convenzione, secondo il quale nessuna delle disposizioni della Convenzione “può es-

sere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai Diritti dell'Uomo e alle Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente”.

In tale prospettiva, il giudice costituzionale si considera tenuto anzitutto ad accertare che la disciplina convenzionale, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, appresti alle posizioni soggettive in concreto rilevanti una tutela «almeno equivalente» a quella offerta dalla nostra Costituzione<sup>34</sup>. Talora si spinge più in là e pretende un *quid pluris*, apprezzato però non necessariamente in riferimento al grado di tutela di posizioni soggettive omogenee poste a raffronto, ma secondo una valutazione complessiva, che prende in considerazione anche ulteriori diritti ed interessi costituzionalmente rilevanti.

A questo riguardo occorre ricordare un passaggio molto esplicito della sent. n. 317/2009, nella quale si chiarisce che “il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso ... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela”<sup>35</sup>.

5. Se passiamo al punto di vista degli organi giurisdizionali comuni, occorre considerare soprattutto due aspetti: l'obbligo, o onere, di interpretazione conforme a Convenzione; gli spazi per una applicazione diretta delle norme di derivazione convenzionale congiunta al potere giudiziale di disapplicazione della disciplina interna incompatibile.

Per quanto riguarda l'interpretazione conforme a Convenzione, nella sent. n. 1 del 2011 si legge che, “ove emerga un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenze n. 239 del 2009 e n. 93 del 2010), e, in caso negativo, deve investire la Corte costituzionale del dubbio di legittimità in riferimento al citato art. 117 (sentenze n. 239 del 2009 e n. 196 del 2010)”<sup>36</sup>.

Nella giurisprudenza considerata è possibile cogliere una sfumatura forse significativa, in ordine all'interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione legislativa. La documentazione della sua impraticabilità da parte del giudice rimettente è, come rispetto alla proposizione di questioni di legittimità costituzionale in riferimento al parametro costituzionale, condizione di ammissibilità della questione<sup>37</sup>. Tuttavia, nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, l'invito a procedere ad interpretazione adeguatrice è di norma accompagnato dalla indicazione della necessità di rispettare il limite testuale, nell'ambito dell'utilizzo, come si è visto, di tutti i “normali strumenti di ermeneutica giuridica”<sup>38</sup>.

Anche quando si tratta dell'interpretazione conforme a Costituzione, la Corte occasionalmente accenna alla compatibilità testuale della stessa, ma lo fa con minore forza, ed anzi talora sembra promuovere operazioni “orientate” fortemente innovative, rispetto alle quali soprattutto la dottrina registra “elementi” di sindacato diffuso. Un sindacato diffuso che, evidentemente, rispetto alle norme di derivazione convenzionale si vuole, peraltro comprensibilmente, contenere, anche in considerazione della vastità di tale parametro, applicabile in via generale alla tutela dei diritti fondamentali, nelle innumerevoli interpretazioni della Corte EDU.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, come anticipato, una parte della dottrina considera criticamente l'imposta-

zione preclusiva accolta nella giurisprudenza costituzionale, che esclude la possibilità, per il giudice nazionale, di applicare direttamente le norme di origine convenzionale in luogo delle norme interne con esse configuranti<sup>39</sup>.

Alcuni ritengono eccessivo che la Corte costituzionale concentri in capo a se stessa la competenza in ordine a tutte le ipotesi di necessaria composizione delle antinomie, anche quando, come sembra confermato dalla sent. n. 39 del 2008<sup>40</sup>, le norme convenzionali “auto-applicative” siano posteriori a quelle nazionali<sup>41</sup>.

Tale accentramento in capo alla Corte, che si discosta in effetti da una sperimentata prassi giurisprudenziale di applicazione del criterio cronologico e di specialità in favore delle norme di derivazione pattizia<sup>42</sup>, pare in generale sorretto, non solo con riguardo ai rapporti tra norme convenzionali e leggi successive, da alcune buone ragioni<sup>43</sup>.

In primo luogo, come già sottolineato, il diverso trattamento rispetto al diritto comunitario direttamente applicabile si giustifica – oltre che per le ragioni di ordine sistematico, a partire dall'art. 11 Cost., richiamate dalla Corte – in considerazione del carattere generale e trasversale del parametro convenzionale, che imporrebbe in ipotesi la disapplicazione di tutte le disposizioni legislative confliggenti, senza alcuna limitazione analoga a quella del campo di applicazione, che vale a restringere, in particolare, i casi di diretta applicabilità dei principi generali desumibili dal diritto primario dell'Unione ed eventualmente dalla stessa CEDU, assunta quale fonte di principi generali, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia.

In secondo luogo, l'applicazione diretta delle norme di derivazione convenzionale, nella interpretazione della Corte EDU, in luogo delle norme interne implicherebbe delicate operazioni di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti, dei quali la Corte preferisce conservare il pieno controllo, almeno per quanto riguarda l'accertamento dei casi di contrasto, che peraltro, come abbiamo visto, tende a contenere.

6. Il carattere fortemente instabile di tali bilanciamenti e il dispiegamento da parte del giudice delle leggi così come da parte della Corte di Strasburgo delle più varie strategie argomentative a tutela delle rispettive prerogative ermeneutiche emerge in modo emblematico da alcune vicende giurisprudenziali che hanno interessato le leggi interpretative, soprattutto in materia previdenziale e retributiva.

In generale, la Corte costituzionale ha ritenuto in passato illegittime leggi dirette ad “annullare” gli effetti delle pronunce passate in giudicato<sup>44</sup>, ritenendo altresì viziata la legge intenzionalmente rivolta ad incidere su concrete fattispecie *sub iudice*<sup>45</sup>. Illegittime sono state ritenute anche disposizioni legislative dirette esplicitamente ad incidere su procedimenti giurisdizionali pendenti ad una certa data, o alla data di entrata in vigore della legge, e non anche nei confronti di giudizi futuri, con introduzione retroattiva di una disciplina applicabile per decidere un numero chiuso di controversie in termini pregiudizievole per una delle parti in causa<sup>46</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha tuttavia precisato che, al di là di tali ipotesi, “l'intervento legislativo retroattivo, tanto con norma di interpretazione autentica quanto con norma innovativa, opera sul piano delle fonti, ossia della *regula juris* che il giudice deve applicare, e quindi non incide sulla potestà di giudicare e sull'ambito riservato alla funzione giurisdizionale”<sup>47</sup>, né sul diritto alla tutela giurisdizionale<sup>48</sup>.

Con riferimento alla tutela sovranazionale dei diritti fondamentali, ricorda la Corte costituzionale<sup>49</sup>, la Corte europea afferma che “mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo

sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale (*«impérieux motifs d'intérêt général»*)<sup>50</sup>.

La recente giurisprudenza costituzionale sulle leggi interpretative propone alcuni punti fermi, a partire dalla premessa secondo la quale, al di fuori della materia penale, "il divieto di retroattività della legge, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost."<sup>51</sup>.

In primo luogo, il carattere autenticamente interpretativo non è decisivo ai fini del sindacato di costituzionalità, esercitato come nei confronti di qualsiasi legge retroattiva, sulla base dell'assunto, da alcuni ancora di recente contestato<sup>52</sup>, che intende la legge interpretativa come necessariamente retroattiva. Tale carattere è piuttosto un indizio a favore della legittimità dell'intervento legislativo retroattivo<sup>53</sup>, ciò che non esclude il controllo sotto altri profili. Come sottolineato nella sent. n. 15/2012, il legislatore può emanare disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, "purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» ai sensi della CEDU". In secondo luogo, una volta accertato che la legge individua uno dei significati plausibilmente attribuibili alla disposizione interpretata, la circostanza che vi siano contrasti di giurisprudenza costituisce elemento ulteriore a difesa della legge interpretativa: il loro superamento determina una maggiore certezza del diritto, ciò che secondo il giudice costituzionale può essere ricondotto ai motivi imperativi di interesse generale<sup>54</sup>. In terzo luogo, è possibile teorizzare qualcosa di simile ad una vera e propria funzione di interpretazione autentica, con lo "scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto» (sentenza n. 311 del 2009), o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore» (ancora sentenza n. 311 del 2009) a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale"<sup>55</sup>.

In quarto luogo, la Corte costituzionale non considera di per sé patologica l'interferenza nei giudizi in corso, che anzi appare del tutto fisiologica in caso di corretto esercizio della "funzione" di interpretazione autentica<sup>56</sup>.

In quinto ed ultimo luogo, non in ordine di importanza, rientra nel margine di apprezzamento della Corte costituzionale la valutazione della sussistenza in concreto dei "motivi imperativi di interesse generale", tra i quali può trovare posto, accanto alla richiamata esigenza di assicurare la certezza del diritto, la considerazione delle compatibilità finanziarie<sup>57</sup>, in riferimento, in particolare, all'art. 81, quarto comma, della Costituzione<sup>58</sup>.

Val la pena a questo proposito riportare un altro passaggio della sent. n. 15/2012, nella quale si precisa che "sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi di interesse generale» che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali"<sup>59</sup>.

Per la Corte europea, l'astratta riconducibilità della scelta legislativa successiva all'area semantica della disposizione interpretata non è sufficiente per considerare la legge interpretativa conforme a Convenzione e, anzi, la presenza di contrasti giurisprudenziali, come sottolineato nel corso del convegno, costituisce ulteriore motivo di contrasto con la

tutela convenzionale dei diritti.

Né una vera e propria funzione di interpretazione autentica è agevolmente delineabile, nella prospettiva convenzionale, sia per l'assunto che rende sospetto ogni intervento volto ad incidere su giudizi in corso, ciò che per la Corte costituzionale è invece fisiologico; sia per la maggiore centralità delle ragioni dei singoli, tendenzialmente prevalenti in una logica di giudizio di diritto soggettivo che solo eccezionalmente giustifica la retroattività delle leggi interpretative, soprattutto quando la legge sia destinata ad incidere su controversie nelle quali sia parte lo Stato o un ente pubblico<sup>60</sup>.

7. Anche le vicende concernenti la retroattività delle leggi interpretative denotano l'estrema difficoltà di importare in modo rigido la logica sottostante alla richiamata giurisprudenza sovranazionale, rispetto alla quale il giudice costituzionale si riserva margini di apprezzamento crescenti, specialmente in presenza di divaricazioni, talora difficilmente riducibili, nelle premesse di fondo caratterizzanti i due sistemi, costituzionale e convenzionale, e le relative prassi giurisprudenziali.

Si tratta di una tendenza confermata anche dalla recentissima sentenza n. 230/2012, depositata il giorno stesso del Convegno su "Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come fonte di diritto".

Sulla scorta della constatazione che "nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)", essendo ad esso estraneo il principio della riserva di legge, la Corte costituzionale formula l'importante precisazione che l'evidenziato "scarto di tutela" – ritenuto peraltro non decisivo nel caso in esame – "preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale".

La sottolineata preclusione rispetto a "meccaniche trasposizioni" appare un correttivo, rispetto al vincolo derivante dalla giurisprudenza europea, destinato probabilmente a caratterizzare i prossimi sviluppi del "dialogo" tra le due Corti con accenti diversi da quelli – pienamente adesivi, con il solo limite della compatibilità costituzionale – che, quanto meno al livello delle affermazioni di principio, avevano connotato le "sentenze gemelle" e la fase giurisprudenziale immediatamente successiva<sup>61</sup>.

<sup>1</sup> Oltre alle "sentenze gemelle", Corte cost. sentt. n. 39/2008; n. 311 e n. 317/2009; n. 93/2010; n. 113, n. 181, n. 236, 245 e n. 303/2011.

<sup>2</sup> Sent. n. 187/2010.

<sup>3</sup> Sent. n. 348/2007, corsivo non testuale. Le norme della Convenzione, in altri termini, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale dell'art.117, primo comma, "nel significato loro attribuito dalla Corte europea", "specificamente istituita" – così si legge anche nella recente ord. n. 150/2012, che rinvia all'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione – "per dare a esse interpretazione e applicazione".

<sup>4</sup> Corsivo non testuale.

<sup>5</sup> Sent. n. 348/2007: "Poiché ... le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata".

<sup>6</sup> Considera rilevante tale aspetto M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella "morsa" delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 616 s.

<sup>7</sup> Cfr. ad esempio la sent. n. 93/2010, in tema di procedimento per

l'applicazione delle misure di prevenzione; e la sent. n. 311/2009, sul trattamento economico del personale ATA della scuola (punto 6 del *Considerato in diritto*).

<sup>8</sup> Come ricorda V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 288 s., al Comitato di tre giudici di cui all'art. 28 CEDU è attribuito il potere (par. 1, b) di dichiarare un ricorso ricevibile e pronunciare una decisione di merito – con voto unanime, in assenza del quale il caso passerebbe alla Camera di sette giudici – quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli che è all'origine del caso sia oggetto di una “giurisprudenza ben stabilita” della Corte. Secondo quanto precisato dall'*Explanatory Report* al protocollo n. 14, “well-established case-law” normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute “well-established case-law”, particularly when the Grand Chamber has rendered it» (corsivi aggiunti).

<sup>9</sup> Nonostante il tenore dell'art. 44 CEDU, non mancano casi nei quali la Corte costituzionale ha preso in considerazione, sebbene non ai fini di una pronuncia di accoglimento, anche decisioni non definitive, come nella sent. n. 257/2011, che fa riferimento alla sentenza 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia, oggetto di richiesta di rinvio della causa alla Grande Camera, presentata dallo Stato italiano, ai sensi dell'art. 43 della CEDU (come nota la Corte di cassazione, Sez. lavoro, sent., 17-10-2011, n. 21441); e nell'ord. n. 150/2012, che non contiene alcun rilievo in merito alla proposizione della questione in riferimento alla sentenza non definitiva della Prima Sezione del 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria, in tema di fecondazione assistita, poi superata dalla successiva decisione della Grande Chambre del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, costituente “un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”. Ritieni non sprovviste di effetti, nell'ordinamento interno, decisioni non definitive delle Camere M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5268 ss.

<sup>10</sup> Sull'argomento, da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, S. VEZZANI, *L'attuazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiedono l'adozione di misure a portata generale*, in L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012, spec. p. 54 ss.

<sup>11</sup> In generale, nella sent. n. 349/2007, si afferma: “Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto ‘strutturale’ tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze”.

<sup>12</sup> Con il rischio di una problematica decontestualizzazione, come osserva F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2012.

<sup>13</sup> Su questo aspetto cfr. E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 960 s.

<sup>14</sup> F. SORRENTINO, *Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Diritto e società*, 2009, p. 219.

<sup>15</sup> Sentt. n. 93/2010; n. 311/2009; n. 349 e n. 348/2007.

<sup>16</sup> Sent. n. 348/2007, che afferma tale esigenza “per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione”.

<sup>17</sup> Sent. n. 348/2007, nella quale si aggiunge che “la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione”.

<sup>18</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 311/2009.

<sup>19</sup> Su questo aspetto cfr. P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, in *Diritti individuali e giustizia inter-*

*nazionale. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 409 ss.

<sup>20</sup> Corte cost., sent. n. 348/2007.

<sup>21</sup> Cfr. ad esempio E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 37 ss.

<sup>22</sup> Alcuni riferimenti in G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012, p. 77 ss.

<sup>23</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, cit., p. 36 ss., il quale, tra l'altro, osserva che “la Convenzione non assegna alla Corte europea la competenza esclusiva ad interpretare la Convenzione e, anzi, sembra espressamente presupporre la competenza concorrente dei giudici nazionali”.

<sup>24</sup> In argomento, con importanti chiarimenti, F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Bruxelles 24 maggio 2012, in *www.cortecostituzionale.it*, p. 17 ss. del testo.

<sup>25</sup> Si tratta della questione discussa davanti alla Corte costituzionale nell'udienza di martedì 9 ottobre, relativa ad una disciplina interpretativa già ritenuta non illegittima (con la sent. n. 172/2008, in riferimento a parametri diversi dall'art. 117, primo comma, Cost.), prima che la Corte europea (Seconda Sezione, sentenza 31 maggio 2011 - Ricorso n. 46286/09 - Maggio e altri c. Italia), ritenesse la stessa contraria a Convenzione (a seguito di tale precedente sopravvenuto, la Corte di cassazione, con l'ord. n. 10/2012, ha riproposto la questione, questa volta in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.). Mentre il presente contributo era in bozze, è stata pubblicata la sent. n. 264/2012 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione sollevata con la citata ordinanza.

<sup>26</sup> Sent. n. 349/2007.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, sent., 8 agosto 2011, n. 17076. Seppure in misura meno netta, anche la Corte costituzionale sembra muoversi su questa linea, laddove afferma che “il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche «quando la scelta imposta dalla legge rientra tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore» (sentenza n. 525 del 2000; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 374 del 2002, n. 26 del 2003, n. 274 del 2006, n. 234 del 2007, n. 170 del 2008, n. 24 del 2009)” (sent. n. 209/2010). Sulla giurisprudenza citata si torna nel par. 6.

<sup>28</sup> A tale meccanismo fa riferimento anche la sent. n. 311/2009, dove si legge che il verificarsi dell'ipotesi “eccezionale” di conflitto tra norme di derivazione convenzionale e Costituzione “esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)”.

<sup>29</sup> In senso analogo A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011.

<sup>30</sup> La citata sent. n. 303/2011 rinvia alle precedenti sentt. n. 311/2009 e n. 236/2011.

<sup>31</sup> Corte cost., ord. n. 150/2012, che rinvia alle precedenti sentt. n. 236 del 2011 e n. 317 del 2009, con formulazioni coincidenti con quella riportata nel testo.

<sup>32</sup> Cfr. ad esempio la sent. n. 239/2009, nella quale, dopo aver sottolineato alcune differenze relative alle fattispecie concrete oggetto, rispettivamente, del giudizio *a quo* e di quello definito con la decisione europea invocata dal rimettente, la Corte costituzionale rileva che quest'ultimo, “per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un *principio di diritto* che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare” (corsivo non testuale). Cfr. anche, da ultimo, la sent. n. 230/2012 (punto 8 del *Considerato in diritto*).

<sup>33</sup> Da ultimo, anche per ulteriori riferimenti di dottrina, A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3793 ss.

<sup>34</sup> Sent. n. 349/2007.

<sup>35</sup> La citata sentenza prosegue chiarendo che “il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma

CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”.

<sup>36</sup> In siffatta evenienza, la Corte costituzionale “è tenuta a verificare che il contrasto sussista e «che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenza n. 311 del 2009)”.

<sup>37</sup> In termini espliciti, Corte cost., sent. n. 239/2009, con nota di A. SCARCELLA, *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3015 ss.

<sup>38</sup> Corsivo non testuale.

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 349/2007 (*Considerato in diritto*, 6.1). Nella sent. n. 348/2007 si legge che “la Convenzione EDU ... non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti”.

<sup>40</sup> La citata sentenza ha dichiarato l’incostituzionalità della disciplina, precedente l’entrata in vigore della legge di esecuzione della CEDU, delle incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento, in quanto tale disciplina stabiliva che esse perdurassero oltre la chiusura della procedura concorsuale.

<sup>41</sup> Su questo aspetto cfr. R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008, e V. SCIARABBA, *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale*, *ivi*.

<sup>42</sup> A tale prassi fa esplicito riferimento la sent. n. 348/2007. In dottrina, anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali, cfr. P. IVALDI, *L’adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2011, p. 159 ss.

<sup>43</sup> Diverso è il caso in cui non siano riscontrabili antinomie tra disciplina legislativa interna e norme di derivazione convenzionale, nel quale, come si legge in P. IVALDI, *Convenzione europea sui diritti umani e giurisdizioni nazionali*, cit. p. 401, il giudice comune dovrebbe valorizzare le “potenzialità ‘autoapplicative’ inerenti alle norme della Convenzione e dei suoi Protocolli”.

<sup>44</sup> Cfr., tra le tante, Corte cost., sentt. nn. 364/2007; 234/07; 355/2006; 282/2005; 397/1994; 155/1990.

<sup>45</sup> Corte cost., sentt. nn. 91/1988; 480/1992; 6/1994.

<sup>46</sup> Cfr., di recente, Corte cost., sent. n. 214/2009.

<sup>47</sup> Corte cost. 374/2002, che rinvia a Corte cost. 229/1999 e 432/1997; v. anche Corte cost. 263/2002.

<sup>48</sup> Corte cost., ord. 263/02; sentt. 29/02 e 419/00.

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 311 del 2009, nella quale si richiama il caso Scanner de L’Ouest Lyonnais e altri c. Francia, del 21 giugno del 2007.

<sup>50</sup> Sull’argomento è tornata la Corte EDU, sent. 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, ribadendo i precedenti richiamati dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 311/2009 ma accertando la contrarietà alla CEDU che il giudice costituzionale aveva escluso nel caso di specie. Riferimenti alla sentenza Agrati in Corte cost., sentt. nn. 257 e 303/2011, 15 e 78/2012, solo quest’ultima di accoglimento. La vicenda ha poi avuto un séguito davanti alla Corte di giustizia, che si è pronunciata con sentenza 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon*, successivamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 17 ottobre 2011, n. 21441).

<sup>51</sup> Sent. n. 15/2012, che rinvia alle sentt. n. 236/2011 e n. 393/2006.

<sup>52</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Le leggi interpretative a Corte: vademecum per giudici a quibus*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2751.

<sup>53</sup> Sent. n. 15/2012: “la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica, pertanto, non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011, n. 209 del 2010, n. 24 del 2009)”.

<sup>54</sup> Sent. n. 15/2012: “proprio il contrasto emerso in giurisprudenza sull’interpretazione dell’art.1, comma 208, della legge n. 662 del 1996, in quanto fonte di dubbi ermeneutici con conseguente in-

cremento del contenzioso, giustifica ulteriormente l’intervento legislativo finalizzato a garantire la certezza applicativa del sistema, con ciò ulteriormente escludendone ogni carattere d’irragionevolezza”. Cfr. anche l’ord. n. 112/2012, di manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale del “Collegato lavoro” analoga a quelle dichiarate infondate con sent. n. 303/2011.

<sup>55</sup> Corte cost., sent. n. 15/2012, che prosegue osservando che la legge interpretativa “ha assegnato un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex multis*: sentenza n. 257 del 2011), cioè ha reso vincolante un dettato comunque ascrivibile al tenore letterale della disposizione interpretata”. Ancora più esplicitamente in tal senso la Corte di cassazione, nella già citata sentenza delle Sez. Unite, 8 agosto 2011, n. 17076, che richiama anche l’art. 73 dello Statuto albertino, ai sensi del quale “L’interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo”. Richiama la sent. n. 15/2012 la successiva n. 78/2012, di accoglimento.

<sup>56</sup> Ancora nella sent. n. 15/2012, si legge che “non sussiste violazione dell’art. 111, secondo comma, Cost., perché – fermo il punto che l’incidenza di una norma interpretativa su giudizi in corso è fenomeno fisiologico (sentenza n. 376 del 2004; ordinanza n. 428 del 2006) – detta norma non interferisce sull’esercizio della funzione giudiziaria e sulla parità delle parti nello specifico processo, bensì pone una disciplina generale ed astratta sull’interpretazione di un’altra norma e, dunque, si colloca su un piano diverso da quello dell’applicazione giudiziale delle norme a singole fattispecie (ordinanza n. 428 del 2006 citata)”.

<sup>57</sup> Corte cost. sent. n. 1/2011: “se si tiene presente che nella fattispecie vengono in evidenza rapporti di durata, non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità, mentre d’altro canto si deve tenere conto del fatto che le innovazioni che sono state apportate, e che non hanno trascurato del tutto i diritti acquisiti, hanno non irragionevolmente mirato alla armonizzazione e perequazione di tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati. La legge n. 335 del 1995, infatti, ha costituito il primo approdo di un progressivo riavvicinamento della pluralità dei sistemi pensionistici, con effetti strutturali sulla spesa pubblica e sugli equilibri di bilancio, anche ai fini del rispetto degli obblighi comunitari in tema di patto di stabilità economica finanziaria nelle more del passaggio alla moneta unica europea”.

<sup>58</sup> Come efficacemente sottolinea R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3762 ss., il quale propone una argomentata critica del “monologo” svolto dalla Corte di Strasburgo nella richiamata sentenza Agrati. Cfr. anche, da ultimo, la sent. n. 264/2012.

<sup>59</sup> Nel caso di specie, la disposizione interpretativa impugnata ha “superato una situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d’indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge”.

<sup>60</sup> Come si legge in Corte cost. sent. n. 1/2011, che fa riferimento alle “ragioni storiche epocali” relative alla riunificazione tedesca (caso Forrer-Niederthal c. Germania, sentenza del 20 febbraio 2003), oltre che all’esigenza di “ristabilire un’interpretazione più aderente all’originaria volontà del legislatore”, al fine di “porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata” (sentenza 23 ottobre 1997, nel caso National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito; sentenza del 27 maggio 2004, Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia). Nella sent. 264/2012 la Corte costituzionale sottolinea che, “a differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata”.

<sup>61</sup> Sulla sent. n. 230/2012 cfr. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tessi e sfilati la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), che commenta criticamente la decisione, rilevando, tra l’altro, il rischio di un “doppio monologo tra parlanti lingue diverse”.

---

# Giustizia civile, convenzione europea dei diritti dell'uomo, giurisprudenza della corte europea

---

**Claudio Viazzi**

*Presidente del Tribunale di Genova*

1. Sicuramente il mio ruolo non di studioso ma di operatore pratico è quello di portare, dopo le complete e scientificamente dense relazioni udite, un punto di vista un po' complementare, che aggiunga qualcosa di utile alle riflessioni svolte, in relazione soprattutto al cambiamento determinatosi nei ruoli professionali per effetto dell'evoluzione della materia di cui trattiamo. Mi sembra giusto così dare un po' conto di quelle che sono oggi in questa materia così complessa dei rapporti tra diritto interno e diritto "esterno" le obiettive difficoltà e novità scompaginanti che possono avere oggi avvocati e Giudici in Italia, di fronte a problemi del tutto nuovi e gravi, per risonanza e rilevanza, posti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della sua sempre più invasiva incidenza nel nostro tessuto costituzionale.

Tutti, penso, abbiano colto già il carattere dirompente dello stesso titolo dell'incontro odierno: **le sentenze** della Corte europea dei diritti dell'uomo come "**fonte di diritto**"; sentenze come fonte?

Ora un titolo così non può certo passare sotto silenzio, non essendo una cosa asettica o neutra. Esso effettivamente ci dà il segno del profondo scompaginamento e dei mutamenti epocali a cui stiamo assistendo su questi terreni, che mettono in discussione profondamente anche principi consolidati, dati per scontati e interpretati in modo che abbiamo sempre pensato irreversibile, a cominciare dall'esatta portata dell'art. 101 capoverso della nostra Costituzione in forza del quale i Giudici sono soggetti "soltanto alla legge".

Ci ricordiamo bene, su questo tema, insegnamenti stupendi e indimenticabili; mi viene in mente ad esempio la lezione di quell'eccezionale magistrato e amico che si chiamava Pino Borrelli, quando evidenziava in quel "soltanto" un qualcosa di molto significativo e innovativo, che distingueva la nostra Costituzione da tutte quelle ottocentesche che affermavano a loro volta il principio di legalità e di sottoposizione dell'ordine giudiziario a quello legislativo, ma non avevano quell'avverbio "soltanto". E proprio quest'avverbio, ci insegnava Borrelli anni fa, accanto alla conferma del principio di obbedienza a tutto ciò che è legge, assume un significato al contempo profondo di disobbedienza del Giudice a tutto ciò che legge non è (altri poteri, le gerarchie interne, la giurisprudenza delle giurisdizioni "superiori"). Vincolo in altri termini di obbedienza ma nel contempo un diritto/dovere di disobbedire a tutto ciò che è altro rispetto alla legge (a cominciare in primo luogo da quella suprema, cioè la Costituzione), come ad esempio le sentenze della Cassazione. Ed è giusto che allora fosse così, perché in quei tempi c'era grande dibattito su questo punto, nel quale appunto la Cassazione non poteva essere più concepita, com'era nella tradizione prepubblicana, come espressione di una nomofilachia vincolante, nomofilachia autoritaria verso i giudici di merito.

E si diceva allora che il dialogo e non l'imposizione gerarchica doveva essere l'humus, la vera linfa del rapporto tra i

Giudici di merito e i Giudici di legittimità; il dialogo che portava e porta tutt'oggi, alla fine, ad una nomofilachia di natura diversa e ad una condivisione democratica degli orientamenti interpretativi migliori, aperta, non basata sull'autoritarismo del Giudice "superiore".

2) Adesso questi discorsi, e tanti altri aspetti della norma costituzionale in esame, debbono necessariamente essere rivisti e rimodulati alla luce dei profondi mutamenti che il nostro sistema costituzionale ha subito per effetto dell'irruzione del diritto comunitario e del diritto della CEDU. È la riforma dell'art. 117 Cost. infatti, che ha cambiato le carte in tavola vincolando al rispetto degli obblighi internazionali la normazione regionale e statale e di conseguenza introducendo un nuovo parametro di legittimità costituzionale delle nostre leggi interne costituito anche dal rispetto o meno di quegli obblighi, fra cui ci sta proprio esattamente la nostra materia, la normativa CEDU, così come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Ecco che allora comincia a spiegarsi a pieno il senso, l'ho chiamato dirompente, del titolo: le sentenze della Corte EDU come fonte di diritto. E ciò perché tali sentenze sono diventate ormai principi "normativi", nel sistema delineato dalle note c.d. sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007; sistema successivamente consolidato e più volte confermato anche grazie a tutte quelle strategie di rimodellamento di cui abbiamo sentito parlare nelle precedenti relazioni.

Ora con tale assetto, sicuramente, la giurisprudenza di Strasburgo diventa un parametro rilevante sia per i giudici comuni sia per la stessa nostra Corte Costituzionale. Il Giudice nazionale, in primo luogo, ha l'obbligo di interpretazione conforme della propria normativa interna, per verificare prima di una eventuale rimessione alla Corte Costituzionale la sua possibile applicazione in modo conforme alla Costituzione in quanto interpretata dalle sentenze di Strasburgo. In secondo luogo, le stesse sentenze di Strasburgo (o meglio la "sostanza" di queste sentenze, l'orientamento consolidato da esse scaturente) diventano altresì il parametro attraverso il quale la nostra Corte Costituzionale dichiara incostituzionale una norma ove risulti con esse confligente.

E badate che qui siamo andati ben oltre anche a quella dottrina costituzionalistica che anni fa aveva teorizzato, (penso all'opera di R. Guastini nel commentario all'art. 101 della Costituzione) come l'art. 101 cpv non si applica alla Corte Costituzionale perché sono solo gli altri Giudici che sono soggetti alla legge, laddove solo la prima non è soggetta a tale vincolo.

Ora, si potrebbe allora ritenere che, se così è la corretta interpretazione della norma costituzionale, giustamente la Corte Costituzionale non abbia alcun problema ad applicare le sentenze di Strasburgo per invalidare o annullare una legge nazionale perché il 101 capoverso non c'entra con la Corte Costituzionale, riguardando solo i Giudici ordinari.

E invece così non è perché il sistema si è complessificato nel senso che adesso anche i Giudici ordinari si debbono attenere, come canone interpretativo, al rispetto delle sentenze di Strasburgo e devono così fare i conti con una nozione di legge più ampia, perché il sistema delle fonti è cambiato e si è arricchito fino a ricomprendervi le sentenze emesse dalla Corte EDU.

Ma quali sentenze esattamente? Il tema non si può certo trattare in questa occasione ma basta dire che non può essere una interpretazione semplicistica, basata magari solo su un precedente isolato; bisogna invece capirla, conoscerla a fondo questa giurisprudenza, comprendere anche se è univoca o se ci sono al suo interno anche dei contrasti, delle smagliature, delle oscillazioni; capire anche se quella giurisprudenza ormai si è consolidata perché per esempio si sono esauriti anche a Strasburgo i rimedi interni. È questo il problema ad esempio esistente per la questione delicatissima della fecondazione eterologa dove la Camera di primo grado si è espressa a favore di una famiglia austriaca e ha messo in discussione la legittimità dal punto di vista delle norme della CEDU della legislazione di quel paese (ma lo stesso vale anche per la nostra laddove si vieta la fecondazione eterologa). Ora è noto che sulla base di questo orientamento della Corte di Strasburgo alcuni Giudici italiani ordinari avevano rimesso la questione alla nostra Corte Costituzionale.

E quest'ultima, poco tempo fa, ha rimesso gli atti ai Giudici a quibus dicendo: "guardate, dovete un attimo rivedere le cose perché nel frattempo a Strasburgo c'è stata la sentenza della Grande Camera che ha riformato la sentenza di primo grado". E qui si apre un altro problema, che è stato sollevato in dottrina da coloro che dicono che la Corte Costituzionale finora non ha chiarito (e secondo questa tesi occorrerebbe che la Corte Costituzionale lo chiarisca fino in fondo) fino a che punto le sentenze, che possono assumere il rango di parametri interposti per una dichiarazione di incostituzionalità di una norma italiana, debbano essere sentenze della Corte di Strasburgo già passate al vaglio della Grand Chamber o comunque non più suscettibili di ricorso alla stessa oppure no.

Mi sembra, tuttavia, che finora comunque il problema poi in concreto non si sia mai posto, onde il timore di una pronuncia di incostituzionalità di una norma interna sulla base di un orientamento di Strasburgo successivamente travolto dall'intervento della camera d'appello, appare francamente alquanto teorico. Ho comunque citato questo profilo solo per dire come la problematica delle sentenze di Strasburgo come fonte di diritto si sta sempre più arricchendo di nodi che espongono veramente l'Interprete, Giudici comuni e avvocati comuni, a novità complicate che richiedono urgentemente studio ed approfondimento laddove fino a oggi nel complesso, nel nostro sistema italiano, sono stati oggetto soprattutto di disattenzione e di disinformazione.

3) Ecco proprio l'aspetto della disinformazione credo costituisca uno degli aspetti più brutti, più negativi dell'approccio da parte dello stato italiano ai suoi diversi livelli istituzionali al problema che riguarda il diritto esterno, chiamiamolo così in modo molto generico e onnicomprensivo di tutto il diritto che ormai sempre più da fuori entra nel nostro ordinamento. Ora l'atteggiamento tradizionale nel nostro Legislatore, dei Governi e della stessa giurisprudenza è stato quello per lungo tempo di studiarle tutte, di inventarsi gli accorgimenti e marchingegni più incredibili per ridurre il più possibile l'ingresso, l'impatto, gli effetti del diritto esterno sul nostro diritto interno.

In questa disattenzione storica sistematica ci metto pure una campagna costante di disinformazione nei confronti degli addetti ai lavori, ad iniziare dagli avvocati che sono poi i motori di tutto il processo, perché se ci sono dei protagonisti ben individuati di tutta la nuova frontiera dei diritti fonda-

mentale, dei diritti umani nel mondo, i motori, i protagonisti non sono sempre i Giudici ma prima di loro sono i cittadini, le parti che attraverso i loro avvocati portano davanti ai Giudici questi temi nuovi, questi diritti nuovi. Diritti il più delle volte "contesi", diritti fragili, diritti che troppe volte continuano a essere quei diritti inventati dal genio italico, amministrativo, chiamati i diritti "affievoliti" o "in attesa di espansione": ecco la CEDU e le più recenti carte dei diritti sono diventati un veicolo formidabile per questa inarrestabile espansione!

Qui parliamo di diritti fondamentali e i diritti fondamentali non possono essere affievoliti in nessun ordinamento che faccia parte dell'Europa. Orbene anche se noi non siamo in coda come diceva, consolandoci un po', Vladimiro Zagrebelsky stamattina, perché non abbiamo la pagella peggiore dal punto di vista del livello complessivo della tutela di quei diritti, però è altrettanto innegabile che soltanto ultimamente abbiamo inanellato qua e là, sparpagliati nei vari settori coinvolti nei diritti della CEDU, una serie di condanne per vicende non certo commendevoli e mica di poco conto. Noi per tanti anni ci sentivamo orgogliosi del fatto che erano solo gli inglesi che erano stati condannati davanti a Strasburgo per le torture inflitte ai terroristi dell'IRA in Irlanda del Nord e noi dicevamo: "l'Italia, la patria del diritto, per la tortura, non è mai stata oggetto di condanne".

Noi avevamo il solito tallone di Achille della durata dei processi ma la tortura, grazie al cielo, ce l'avevano gli inglesi, i grandi e civili inglesi, ma noi no.

Poco tempo fa, invece, siamo stati condannati noi a Strasburgo per violazione dell'articolo 3 della convenzione - divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti - per i respingimenti in Libia dei migranti da parte del nostro paese, quindi non possiamo più dire che gli inglesi stanno peggio, anche noi adesso siamo stati condannati a Strasburgo per la violazione dell'articolo 3!

E non parliamo poi delle violazioni in materia di articolo 6, diritto al processo equo, che continua a rappresentare proprio il punto più debole del nostro sistema, quello della durata dei processi: sappiamo ormai tutto su quella che è stata la storia triste del rapporto tra Italia e Strasburgo sulla violazione dell'articolo 6, (anche per rimanere nel tema affidatomi della Giustizia civile). Sicuramente l'articolo 6 è stata la principale norma invocata contro la legislazione e la disorganizzazione della giustizia italiana in primis quella civile, anche se poi siamo riusciti a farci condannare pure per la durata dei processi in sede penale anche se lì statisticamente i casi di condanna sono inferiori perché sappiamo benissimo che la durata dei processi penali in Italia giova enormemente ai colpevoli che, ottenuta, sovente, la dichiarazione di prescrizione, si accontentano e non coltivano poi ulteriori ricorsi per la durata irragionevole di un processo che, altrimenti, li avrebbe presumibilmente portati alla condanna!

Però anche lì c'è qualcuno che pur essendo stato condannato, ma con grave ritardo, è andato a Strasburgo dicendo "io sono stato condannato, è vero, ma siccome sono stato condannato molto in ritardo voglio l'indennizzo".

L'indennizzo come sapete a Strasburgo prescinde dal sapere se la parte che ha avuto un processo troppo lungo, irragionevolmente lungo, sia la parte che aveva ragione o torto, un imputato colpevole o un imputato innocente. Il punto decisivo è che se il processo ha avuto una durata irragionevole si deve comunque ritenere violata la norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

4) Ma l'elenco delle condanne di Strasburgo per questioni attinenti ai diritti civili fondamentali non si esaurisce certo qui. Di recente siamo stati anche sanzionati per il crocifisso nelle scuole ritenendo la Corte EDU violata l'altra norma della Convenzione in materia di libertà religiosa, ed anche

questa vicenda non è una cosa da poco, nonostante il fatto in sé non sia di quelli più tragici per il nostro paese.

Abbiamo invero altri problemi delicatissimi, sicuramente più in prospettiva, in materia di proprietà privata, perché forse questo è l'unico settore in cui i due cataloghi dei diritti fondamentali della CEDU (e poi successivamente delle Carte dei diritti) e della nostra Costituzione Italiana del 1948, divergono riguardo al rilievo del diritto tutelato. Per il resto, invero, al di là del nome e delle parole, i diritti fondamentali coincidono sostanzialmente. Al contrario, riguardo alla proprietà, la dimensione della tutela offerta dall'art. 1 del protocollo addizionale della CEDU introdotto nel 1997, intitolato "protezione della proprietà" ha sicuramente una portata molto più ampia del nostro art. 42 Costituzione di cui conosciamo bene collocazione sistematica e ragioni storiche del suo spostamento dall'area dei diritti fondamentali della persona a quella dei rapporti economici.

Problemi ce ne possono essere (e già ce ne sono stati, e ne parleremo nel pomeriggio con le questioni e le bizzarrie italiane che ci siamo inventati in questi anni come la confisca scollegata da una sanzione, la confisca amministrativa, l'occupazione acquisitiva, uno strumentario cioè che però alla fine della fiera ha introdotto squilibri incredibili tra tutela degli interessi dello Stato pubblici e interessi privati, compromettendo irragionevolmente questi ultimi anche e nonostante la portata più limitata del nostro art. 42 Cost. E questo perché, ad esempio, le indennità di esproprio riconosciute erano così irrisorie da non essere neppure compatibili con la funzione sociale della proprietà.

Ma gli attriti e i conflitti tra i due sistemi, in cui i cataloghi dei diritti fondamentali non coincidono, non finiscono qui: penso ad esempio alla questione della indennizzabilità del danno non patrimoniale in caso di violazione della proprietà, che è saltata fuori nella nota vicenda di Punta Perotti. Vicenda maledetta che abbiamo avuto in Italia, (vi ricordate il mostro, quel palazzone sulla spiaggia di Bari?). Alla fine della complicatissima storia il palazzo è stato buttato giù però c'è stata tutta una serie di strascichi anche a Strasburgo perché tutta la vicenda non è stata lineare, limpida, pulita, ineccepibile giuridicamente. Si sono commessi indubbiamente dei pasticci compreso quello della confisca amministrativa rimasta egualmente efficace per un reato urbanistico che, se ben ricordo, è venuto meno.

Morale : sono andati a Strasburgo i proprietari, hanno avuto ragione, l'Italia è stata condannata per il fatto che sono stati violati diritti fondamentali dei proprietari e la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia anche al risarcimento dei danni morali, non patrimoniali.

Ora, tutti i presenti che fanno civile e si occupano di responsabilità extracontrattuale e conoscono le famose recenti sentenze delle Sezioni Unite in materia di danno non patrimoniale, avvertono che qui ci si trova di fronte a pronunce in rotta di collisione tra loro: per la nostra suprema corte infatti la violazione della proprietà non può dar luogo a danni morali risarcibili in quanto non è uno dei diritti fondamentali inviolabili della persona. Strasburgo la pensa all'opposto.

Chiudo questa parentesi per dire che sicuramente il terreno della proprietà resta uno di quelli problematici proprio per il diverso rilievo costituzionale dei diritti perché non coincide la visione della proprietà nella normativa CEDU rispetto a quella che sta nel nostro ordinamento costituzionale.

Ora non voglio entrare nella questione di quale sia il sistema più arretrato e quale più avanzato ciò implicando evidentemente opzioni di fondo ideologiche, ma certo che qui dovrebbe a mio avviso entrare in gioco il c.d. "margine nazionale di apprezzamento", a cui spesso la giurisprudenza a Strasburgo fa riferimento, e che in un necessario bilancia-

mento, potrebbe portare a ritenere superiore la nostra normativa costituzionale rispetto a quella europea; ma il discorso ci condurrebbe troppo lontani e qui mi interessava solo porre il problema, che sarà affidato al futuro dei rapporti tra i due sistemi ed alla della evoluzione interpretativa in questo settore.

5)Altri settori, comunque, del diritto civile saranno sicuramente presto sottoposti a tsunami e qui non più perché, come per la proprietà, il nostro sistema costituzionale è diverso, ma per il semplice motivo che è la nostra legislazione pesantemente arretrata rispetto anche ad alcuni principi della nostra stessa Costituzione.

Per entrare direttamente nel merito delle questioni: rapporti familiari, rapporti matrimoniali, temi di bioetica, diritti personalissimi. Su questi settori certamente l'evoluzione della Giurisprudenza della CEDU e il livello della nostra normativa ordinaria entreranno sempre di più in rotta di collisione anche perché bisogna considerare che alcune aperture estremamente significative le abbiamo già avute dalla Corte Costituzionale e dalla stessa Corte di Cassazione.

Pensiamo semplicemente al tema delicatissimo delle unioni omosessuali, che non necessariamente devono essere matrimonio, ma unioni; qui la Giurisprudenza di Strasburgo ha già detto alcune cose ben precise, la stessa Carta di Nizza si è evoluta rispetto all'originario articolo 12 della CEDU che, intitolato "Diritto al matrimonio" diceva: "a partire dall'età maritale l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi" senza aggiungere "tra loro". Ora è evidente che a proposito di queste parole "l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi" si è sempre sostenuto che automaticamente si intendesse, nella CEDU originaria, matrimonio eterosessuale; ma guardiamo bene l'interpretazione letterale "l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi" non includeva affatto che potessero sposarsi solo ed esclusivamente tra di loro!

Comunque il riferimento a "uomini e donne" è sparito dalla Carta di Nizza e quindi comunque non c'è più nessuna indicazione testuale a livello europeo secondo cui debbano esserci matrimoni soltanto eterosessuali, e la dimostrazione di ciò è che in vari Paesi europei la legislazione si è sviluppata proprio in tale prospettiva più aperta.

Ebbene le nostre Corte Costituzionale e Corte di Cassazione, investite di recente di questo problema delicatissimo, sono uscite con risposte solo apparentemente negative e deludenti perché, in primo luogo la prima, ha dichiarato si manifestamente infondate le questioni relative all'incostituzionalità di tutte le norme del Codice Civile laddove prevedono che il matrimonio in Italia sia solo tra uomo e donna ma aggiungendo, e non è una cosa da poco, (semplicemente è passata abbastanza sotto silenzio perché siamo in Italia), che le unioni omosessuali rientrano sicuramente tra le formazioni sociali in cui si realizzano le persone, rilevanti ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione.

Non è una cosa da poco, siccome però è stata messa in una sentenza di rigetto, si è detto unicamente che la Corte Costituzionale boccia i matrimoni gay.

È una rappresentazione misera di una decisione invece molto più importante e rilevante soprattutto proprio per questo spiraglio che ha aperto al nostro futuro legislatore, dicendo che le unioni civili sono coperte dall'articolo 2 della Costituzione.

Vedremo come andrà a finire.

La stessa Corte di Cassazione, in una recentissima sentenza ha negato il diritto di trascrivere in Italia il matrimonio contratto da 2 cittadini italiani dello stesso sesso che si erano sposati in Olanda. Orbene anche qui nessuno poteva mettere in discussione che la Corte non potesse ammettere la trascrizione, eppure la stessa non ha affermato quello che si era sempre detto in passato, e cioè che non si poteva trascrivere questo

matrimonio contratto all'estero tra 2 persone dello stesso sesso, in quanto inesistente o atto contrario all'ordine pubblico: ha detto invece "atto inidoneo" usando volutamente un termine tecnico del tutto asettico, "inidoneo" perché in assenza di una normativa sulla registrazione in Italia di un matrimonio omosessuale ma non perché contrario a principi insuperabili ed irreversibili di ordine pubblico o morale.

Quindi segnali in avanti molto significativi ed al contempo avvisaglie di nuove, sicure, future, forti tensioni e conflitti tra il legislatore, Giudici, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte Costituzionale: ecco quindi come ancora di più il circuito in cui i diritti fondamentali entrano sempre più nelle nostre aule diventerà un circuito fondamentale in cui addirittura i precedenti cominceranno a diventare qualcosa di simile al diritto di common law.

Il compianto Professor Galgano sarà felice di sentire queste cose, lui che già tanti anni fa teorizzava con grande lungimiranza il fatto che i precedenti, e non le leggi sono ormai la materia principale dell'Interprete. Questo lo diceva, se ricordo bene, nell'85 con un bellissimo articolo su "Contratto e imprese", in cui rifletteva su questo fenomeno, che cioè già allora gli interpreti in Italia, avvocati e Giudici, maneggiavano ormai soltanto quasi esclusivamente le sentenze e maneggiavano sempre meno le norme, le leggi. Quanto aveva ragione! e oggi lo vediamo ancora di più.

6) Per le ragioni che ho cercato di sviluppare, quindi e mi avvio alla conclusione, noi maneggiamo oggi un diritto sempre più giurisprudenziale, ed una legge sempre più recessiva; le sentenze diventano fonti del diritto, il 101 capoverso della Costituzione ormai vincola il Giudice ordinario comune ad obbedire non tanto alla legge formale ma anche ad un orientamento consolidato, al diritto vivente di Strasburgo.

Ma prima o poi, arriveremo anche ad un diritto vivente nostrano, anzi probabilmente ci siamo già perché quando leggiamo per esempio Cassazione Sezioni Unite Civili del 2004, (Giudice estensore Lupo, attuale Presidente della Cassazione, Pubblico Ministero Esposito, procuratore generale fino a poco tempo fa, ex agente italiano a Strasburgo per l'Italia): proprio queste Sezioni Unite hanno detto "i criteri di riparazione applicati dalla Corte Europea, dalla CEDU, relativi alla determinazione del quantum del danno non patrimoniale sofferto dalla parte per l'eccessiva durata del processo" - quindi i parametri, i criteri di quantificazione del danno non patrimoniale della Corte europea diritti dell'uomo in materia di violazione della durata ragionevole del processo - "non possono essere ignorati dal Giudice nazio-

nale che può discostarsene solo in misura ragionevole e il loro integra il vizio di violazione di legge censurabile in Cassazione". Abbiamo capito bene? violazione di legge!

Allora torniamo al titolo del convegno: se le sentenze CEDU sono fonte di diritto il cerchio si chiude se le Sezioni Unite della Cassazione dicono che il Giudice di merito che si discosta irragionevolmente, senza motivazione, dai criteri consolidati della Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, addirittura nella determinazione del quantum di un danno risarcibile, quindi proprio addirittura le pronunce accessorie di una causa civile risarcitoria, emette una sentenza viziata, ricorribile in Cassazione per violazione di legge.

Allora vedete che razza di salto epocale abbiamo fatto, stiamo facendo e faremo andando avanti su questa strada!

Concludo a questo punto con un'ultima notazione sulla "tenuta" del nostro sistema, in relazione al nodo di fondo se sia meglio che il Giudice comune italiano, anche in prospettiva, continui a rimettere alla Corte Costituzionale le questioni di legittimità costituzionale inerenti all'eventuale contrasto tra normativa interna e normativa CEDU, così come interpretata dalla Giurisprudenza di Strasburgo, oppure che si metta a fare quello che fa da molto tempo per le norme comunitarie, cioè disapplichino direttamente la norma incompatibile. Cosa è preferibile?

Su questa alternativa il mio pensiero è netto: in questo momento storico, in Italia, con 250.000 mila avvocati, 10 mila Giudici togati, 11/12 mila Giudici non togati, in questa situazione, la soluzione dell'alternativa non sembra avere dignità costituzionale, nel senso che non appare conseguente a vincoli normativi precisi, essendo l'assetto rimesso più a convenzioni giurisprudenziali e ad operazioni di policy costruite dalle supreme magistrature in un dialogo sempre più fitto tra loro. Non sarà certo il legislatore, in altre faccende affaccendato, che saprà scrivere come rimodellare i rapporti costituzionali tra diritto interno ed esterno, precisando che gli stessi debbano passare attraverso un incidente di costituzionalità o attraverso la disapplicazione, perché tutto questo sarà e continuerà ad essere il frutto del consolidamento degli assetti giurisprudenziali e del dialogo tra studiosi, Corti, Giudici e Corti, Corti tra di loro.

L'attuale assetto garantisce uniformità della Corte costituzionale grazie all'efficacia erga omnes delle pronunce, evitando un ulteriore impazzimento del sistema che soffre già oggi di troppa varietà giurisprudenziale. Dubito, appunto, che il sistema tenga se si inserirà un'ulteriore massiccia iniezione di varietà e imprevedibilità. Non ce lo possiamo permettere.

---

# Ruolo e funzioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

---

**Vladimiro Zagrebelsky**

*già Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Sarò breve, dopo quello che ho già detto questa mattina e andro' nel solco evidentemente, ma senza riprendere lo stesso taglio, lo stesso punto di vista; cogliendo piuttosto alcuni aspetti della discussione che è avvenuta tra di noi relatori, che abbiamo trattato temi diversi, anche con qualche sfumatura o approccio diversi.

C'è la questione di come identificare la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la Convenzione cioè "così come interpretata ...". Si tende talora a distinguere la sentenza della Corte di Strasburgo su un certo tema dalla giurisprudenza consolidata, nel senso che sarebbe la giurisprudenza consolidata ad indicare il parametro di riferimento dell'articolo 117 Cost.

Si è anche detto che "una sentenza della *Grande Chambre* conta più di una sentenza di una Camera".

Queste affermazioni meritano qualche precisazione.

La giurisprudenza, la serie di sentenze della Corte di Strasburgo è una serie di sentenze che risponde a una serie di ricorsi: può darsi che una questione estremamente complessa e di grande rilievo venga una volta soltanto, in quei termini, a Strasburgo: ci sarà una sola sentenza, per anni. Non solo: ma se quella sentenza soddisfa le parti che non chiedono il rinvio alla *Grande Chambre*, ci sarà una sola sentenza di una Camera. Oppure, meglio ancora e più significativamente nel nostro discorso, quella sentenza non ha soddisfatto una delle parti (il governo o il ricorrente) che hanno chiesto, dopo la sentenza, che la questione venisse riesaminata dalla *Grande Chambre* e il filtro che c'è di ammissibilità di questa richiesta ha operato nel senso di non ammettere il rinvio per riesame.

Si tratta del filtro operato da un Comitato di cinque giudici, che valuta se ammettere oppure no il ricorso alla *Grande Chambre*. È eccezionale il ricorso ammesso alla *Grande Chambre*. E la sentenza anche singola di una Camera, che è diventata definitiva perché il Comitato non ha ammesso il ricorso alla *Grande Chambre*, è il punto di riferimento giurisprudenziale sul tema. Siccome all'interno della Corte vige di fatto il principio per cui i precedenti sono vincolanti, salvo il *distinguishing* del caso concreto di cui parlavo stamattina, esso esprime la *ratio decidendi* di cui i giudici dei Paesi membri del sistema della Convenzione devono tenere in conto.

La procedura davanti alla *Grande Chambre* è rara perché nella Convenzione e nella prassi è ammessa soltanto in due casi: l'estrema delicatezza e l'impatto che la decisione può avere sull'intero sistema di più Stati membri, oppure quando c'è l'intenzione o la possibilità di cambiare giurisprudenza. Le Camere non possono cambiare giurisprudenza, devono ricostruire quale è la giurisprudenza e applicarla al caso concreto (oppure rinviare direttamente la causa alla *Grande Chambre*).

Una volta che la *Grande Chambre* sia intervenuta, eventualmente cambiando giurisprudenza (la Corte dice che la sua giurisprudenza è evolutiva), si tratta della sentenza che vin-

cola il funzionamento della Corte all'interno ed è il precedente a cui far riferimento. La sentenza di *Grande Chambre* non conta di più, non è simile alle Sezioni Unite della Cassazione; è semplicemente la sentenza che, essendo stata resa possibile per la delicatezza della materia, oppure perché è venuto o si supponeva fosse venuto il momento di un cambio di giurisprudenza, è pronunciata dalla *Grande Chambre* (che è una formazione di 17 Giudici rispetto alla Camera che è formazione di 7 Giudici).

Quindi si può benissimo dare, anzi si deve dare nella ricostruzione della giurisprudenza di Strasburgo, lo stesso peso, a una sentenza di una Camera, o a 100 sentenze conformi delle Camere (perché i casi si ripetono e si ripete la giurisprudenza) o a una sentenza della *Grande Chambre*.

Questo per quel che riguarda una differenziazione che si tende a fare tra il peso di una sentenza di Camera rispetto a un peso di una sentenza di *Grande Chambre*, differenza che non c'è, sempre che si tratti di sentenze definitive.

Discutere del peso, significato, rilevanza di una sentenza di Camera non definitiva, è un non senso. La sentenza non definitiva -perché è stata richiesta o corrono sono ancora i termini per chiedere il rinvio alla *Grande Chambre*- è come se non ci fosse. (Fatto salvo il peso delle argomentazioni, naturalmente, che però fanno parte del dibattito culturale). Non solo, ma quando si pronuncerà la *Grande Chambre*, con una sentenza che può essere conforme, difforme o parzialmente difforme, ma che sostituisce integralmente la sentenza della Camera, è la sentenza della *Grande Chambre* che occorre utilizzare. Quella della Camera non c'è più.

Accenno alla diversa tipologia delle sentenze: si tende a dire che conterebbe di più la sentenza c.d. pilota che identifica una violazione strutturale di una certa norma della Convenzione da parte di uno Stato.

Le sentenze pilota non pesano più delle altre, quanto al principio di diritto interpretativo della Convenzione, che esprimono. L'unica differenza è che la Corte invece di decidere mille ricorsi uguali, con mille sentenze, ne prende uno, decide quell'uno, sospende gli altri 999 e dice ai Governi che in sede di esecuzione di quell'unica sentenza che emana, quella pilota, deve modificare la normativa o la prassi interna che è all'origine della violazione strutturale e riparare a livello interno le altre 999 violazioni. Si tratta di un meccanismo per evitare la ripetizione di sentenze che affermerebbero lo stesso principio.

Un'ultima osservazione. La legge che la Convenzione più volte richiama come fonte di possibili limitazioni ai diritti fondamentali, è necessariamente qualche cosa che non corrisponde alla tipologia della legge nei singoli ordinamenti. È evidente per quello che riguarda i paesi del sistema di *common law*, quindi Regno Unito, Malta, Cipro, Irlanda, dove gran parte del corpo normativo che noi chiamiamo legge è

in realtà di creazione giurisprudenziale. Ma anche considerando situazioni molto simili come quella dell'Italia rispetto a quella della Francia, vi sono differenze. Poiché in Francia l'ambito della legislazione di produzione pura e semplice del governo (la materia contravvenzionale in penale per esempio), è molto più ampia di quella ammissibile nell'ordinamento italiano.

Nel nostro sistema, qualunque cosa sia scritto nel documento, anche la formula più vaga, più incomprensibile, più contraddittoria, se è approvato nello stesso testo da Camera e Senato, promulgato dal Presidente e pubblicato, col nome di legge, sulla Gazzetta Ufficiale, quello è una legge; qualunque cosa ci sia scritto, perché usiamo un criterio formale.

Dal punto di vista europeo è legge quel testo, o la interpretazione giurisprudenziale di quel testo, che offre sufficienti garanzie per l'individuo, essendo sufficientemente conoscibile e sufficientemente prevedibile nella sua applicazione.

Donde l'importanza dell'interpretazione giurisprudenziale per

dire se un testo di legge - e uso adesso legge nel senso nazionale italiano - è effettivamente una legge ai fini della Convenzione. Un testo di legge che è talmente vago da consentire le interpretazioni più disparate da parte dei giudici, non è una legge. La natura costitutiva della interpretazione giurisprudenziale, che deve avere qualità di prevedibilità e conoscibilità, è acquisita nel sistema della Convenzione. Anche il sistema italiano è ormai immerso in una realtà normativa che vede accanto alle leggi scritte, le leggi c.d. non scritte, cioè quelle di fonte giurisprudenziale. Molte sono le conseguenze, quanto ad obblighi interpretativi, a vincolo dei precedenti, a rispetto dell'egualianza di trattamento dei cittadini.

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, "come interpretata dalla Corte europea", posta come la Corte costituzionale ha detto, nel quadro del sistema normativo costituzionale italiano, implica conseguenze che vanno ben oltre il pur complesso lavoro di ricerca del significato da assegnare alle norme convenzionali.

---

# Retroattività della legge e ingerenza del legislatore nell'attività giurisdizionale: i “motivi imperativi di interesse generale”

## Giurisprudenze a confronto

---

**Barbara Randazzo**

*Associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano  
Incaricato presso il Servizio Studi della Corte costituzionale*

**Sommario:** 1. *Le ragioni della scelta dell'argomento.* – 2. *Quattro premesse al confronto tra giurisprudenze.* – 3. *Il principio di irretroattività della legge (civile) nella giurisprudenza costituzionale e nella giurisprudenza europea: il caso del Personale ATA.* – 4. *Conclusioni sul “dialogo” tra le Corti.*

### 1. Le ragioni della scelta dell'argomento

Tra i più significativi riflessi che producono nell'ordinamento nazionale le giurisprudenze europee - sia quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (di Strasburgo) sia quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea (di Lussemburgo) - destano maggiore preoccupazione e richiedono (al costituzionalista) particolare attenzione quelli che toccano direttamente o indirettamente il sistema interno delle *fonti del diritto*. Al riguardo mi permetto di segnalare *en passant* l'opportunità di aggiungere un punto interrogativo al titolo dell'incontro di studio odierno, che pare invece assumere pacificamente le sentenze della Corte europea dei diritti tra le fonti del diritto. Una siffatta affermazione muove, almeno così mi pare, da una equiparazione degli effetti delle pronunce della Corte dei diritti a quelli che, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte costituzionale ha riconosciuto alle sentenze della Corte di Lussemburgo per consentire al giudice comune, in virtù della affermata primazia del diritto europeo (comunitario), di non applicare la norma interna confliggente con il giudicato europeo (comunitario)<sup>1</sup>.

Una simile equiparazione può forse trovare oggi qualche fondamento a seguito della recentissima (e discutibile) *ordinanza n. 150 del 2012*, con la quale la Corte costituzionale ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti per *ius superveniens* a seguito della sopravvenuta - rispetto al momento in cui era stata sollevata la questione di costituzionalità - sentenza con la quale la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha rovesciato la dichiarazione di violazione pronunciata dalla I Sezione (con sentenza del 1° aprile 2010) sul caso *S.H. e altri c. Austria* (sentenza del 3 novembre 2011) in riferimento alla disciplina austriaca sulla procreazione medicalmente assistita, che in caso di infertilità di una coppia ammette il ricorso alle sole pratiche di fecondazione artificiale di tipo omologo, analogamente alla legge italiana. Con l'ordinanza n. 150 la Corte costituzionale, anziché apprezzare direttamente gli effetti sulla questione di costituzionalità della pronuncia della Corte di Strasburgo che integrava il parametro costituzionale evocato dai remittenti (art. 117, primo comma, Cost.), invita questi ultimi a valutare nuovamente la questione alla luce del *novum* (non meglio precisato ma evidentemente da intendersi come *ius*) recato dalla sentenza della Grande Camera, estendendo così alla giurisprudenza di Strasburgo un orientamento maturato sulla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo<sup>2</sup>. La deci-

sione appare discutibile considerato che nel sistema CEDU, a seguito del rinvio previsto dall'art. 43 CEDU, la sentenza della Grande Camera è in realtà la sola pronuncia *definitiva e vincolante* per gli Stati contraenti ai sensi dell'art. 46 CEDU: com'è noto, infatti, tale sistema di tutela non prevede due veri e propri diversi gradi di giudizio, e pertanto la sentenza della Camera, una volta intervenuta quella della Grande Camera, è da considerarsi *inesistente*. Il Giudice costituzionale avrebbe forse dovuto o potuto valutare criticamente l'iniziativa dei giudici remittenti per aver promosso un giudizio di costituzionalità sulla base di una pronuncia europea non ancora definitiva.

In merito al riconoscimento della portata normativa della sentenza Corte EDU deve considerarsi inoltre che il sistema del Consiglio d'Europa, fondato sul Trattato di Londra del 1949 - a differenza dell'ordinamento europeo (comunitario) - non prevede al suo interno alcuna istituzione democraticamente eletta dagli oltre 800 milioni di cittadini residenti nei 47 Paesi membri, i quali hanno ratificato la CEDU e accettato la giurisdizione della Corte di Strasburgo. In secondo luogo va sottolineato che la cd. “comunitarizzazione” della CEDU, avvenuta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, resta limitata alle “materie” di competenza dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 6 §2 TUE, sulla base del principio di attribuzione di cui all'art. 5 TUE.

Ciò detto, pertanto, i limiti e le condizioni alle quali assumere tra le fonti del diritto le singole sentenze in quanto tali (e non solo ai fini della interpretazione della CEDU) mi pare restino ancora da definire.

### 2. Quattro premesse al confronto tra giurisprudenze

Prima di entrare in *medias res* pare opportuno soffermarsi su alcuni elementi fondamentali che stanno sullo sfondo dell'oggetto della mia relazione.

Anzitutto occorre muovere dalla diversa natura del giudizio che si svolge dinanzi alla Corte costituzionale rispetto a quello davanti alla Corte europea dei diritti.

Com'è noto in particolare il giudizio di costituzionalità in via incidentale - che qui viene in rilievo - ha ad oggetto la legge e come scopo primario la tutela obiettiva dell'ordinamento; del caso concreto, di cui è investito il giudice *a quo*, la Corte può tenere conto soltanto indirettamente. Il giudizio europeo ha invece come obiettivo la tutela del diritto individuale, la cui violazione potrebbe discendere dalla legge (come accade con riguardo ad esempio al diritto alla parità delle armi nel processo rispetto all'applicazione nel giudizio pendente di norme con effetti retroattivi), ma potrebbe discendere altresì da sue cattive applicazioni, da omissioni legislative, da prassi amministrative o giudiziarie. Mentre dunque nel giudizio di costituzionalità il Giudice delle leggi giudica, nella prospettiva dell'interesse generale, della coerenza dell'ordinamento nel suo complesso, e il diritto individuale viene in rilievo come para-

metro di giudizio e come limite all'esercizio della potestà legislativa statale o regionale, nel giudizio europeo accade esattamente il contrario: la Corte EDU giudica nella prospettiva del diritto del singolo e la legge viene in rilievo come base legale dell'ingerenza dello Stato nel godimento del diritto fondamentale garantito dalla CEDU. Le conseguenze di questa differente prospettiva non possono non riflettersi sulle valutazioni dei due giudici e sulle conclusioni cui essi pervengono, come si vedrà in merito all'apprezzamento dei "motivi imperativi di interesse generale".

Nel confrontare dispositivi e motivazioni delle decisioni adottate dalle Corti è dunque essenziale considerare questo elemento, nonostante vi siano casi in cui la distinzione tende a sfumarsi e le differenze tra i due giudizi ad assottigliarsi, come quando la Corte perviene ad una dichiarazione di incostituzionalità tenendo conto delle peculiarità del caso concreto<sup>3</sup> o come nei casi in cui la Corte di Strasburgo compie un vero e proprio sindacato di ragionevolezza sul nostro sistema normativo<sup>4</sup>.

In secondo luogo, deve considerarsi il diverso linguaggio giuridico adottato dalle due Corti. Così è ad esempio con riguardo alla nozione di materia "civile" o materia "penale", o di "tribunale", in riferimento all'art. 6 CEDU sul diritto al processo equo, ma ancora più significativamente vengono in rilievo in questa sede i diversi significati del termine "legge". Già lo si è segnalato nel paragrafo precedente: sotto questo aspetto i riflessi delle differenti giurisprudenze si manifestano sulla stessa concezione delle fonti del diritto. Mentre la Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi ex art. 134 Cost. può pronunciarsi soltanto sulla legge, dello Stato o delle Regioni, e sugli atti aventi forza di legge formalmente intesi (tanto che dovrà dichiarare inammissibile una questione sollevata su regolamenti governativi); la Corte dei diritti per "legge" ai fini della verifica circa la sussistenza di una "base legale" - condizione alla quale è ancorata in prima battuta la legittimità di una "ingerenza" dello Stato nel godimento del diritto - assume un concetto "sostanzialistico" di legge, comprensivo cioè di prassi amministrative o di giurisprudenze consolidate che garantiscano al singolo la *conoscibilità* e la *prevedibilità* dei comportamenti delle pubbliche autorità. Al contrario, una legge suscettibile di una pluralità di interpretazioni e di applicazioni amministrative e giurisprudenziali incoerenti o fra loro contrastanti non costituisce, agli occhi del giudice europeo, una idonea "base legale" nel linguaggio della Convenzione. In terzo luogo, va tenuto presente che mentre nel quadro costituzionale che funge da riferimento per la Corte costituzionale i pubblici poteri si distinguono a seconda delle funzioni ad essi assegnate e attribuite a diversi organi costituzionali dalla nostra Carta del 1948, nel quadro della CEDU i pubblici poteri vengono ricondotti unitariamente sotto il grande cappello dello Stato convenuto in giudizio. Evidentemente ciò assume rilievo nel valutare i limiti alla retroattività della legge che diviene uno strumento di ingerenza nell'esercizio della funzione giudiziaria.

Infine un cenno deve farsi alla questione dei differenti effetti che discendono dalle pronunce della Corte costituzionale rispetto a quelli che discendono dalle pronunce della Corte di Strasburgo.

Se possiamo in questa sede dare per scontata la conoscenza degli effetti delle sentenze di accoglimento del nostro Giudice delle leggi (annullamento con effetti *ex tunc* ed *erga omnes*); decisamente più articolata e complessa è la definizione degli effetti delle sentenze nelle quali la Corte dei diritti accerta una violazione della Convenzione. Non mi soffermo sugli effetti delle pronunce definitive rese nei confronti di altri Paesi membri del Consiglio d'Europa: basti ricordare che ad esse si riconosce l'*autorità di cosa interpretata* in virtù degli artt. 19 e 32 CEDU. Quanto agli effetti delle sentenze definitive dichiarative di violazione rese nei confronti dell'Italia viene qui in rilievo in

particolare l'art. 46 della CEDU, il quale obbliga gli Stati a conformarsi alle sentenze di "condanna". Per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertata violazione, le autorità nazionali dovrebbero non solo provvedere al pagamento dell'equa soddisfazione qualora essa venga riconosciuta ai sensi dell'art. 41 CEDU, ma adottare altresì misure idonee, individuali o generali, a seconda dell'atto statale da cui discende tale violazione, per farla cessare e rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze (cd. *restitutio in integrum*), nonché allo scopo di prevenire altre violazioni della medesima natura. Non mancano casi, tuttavia, in cui la Corte reputa sufficiente la constatazione della violazione<sup>5</sup> o riparazioni in forma meramente pecuniaria, a titolo di equa soddisfazione, commisurate al danno morale, materiale e alle spese legali sostenute dal ricorrente<sup>6</sup>. Benché ancora di recente la Corte ribadisca la propria incompetenza in generale ad indicare agli Stati misure riparatorie specifiche<sup>7</sup>, in realtà, sulla scia della giurisprudenza formatasi con riguardo alle cosiddette *violazioni strutturali*, va affermandosi un orientamento di segno diverso, in base al quale il giudice europeo si spinge sino ad indicare allo Stato le cause della violazione sistemica e le misure da adottare per rimuoverla<sup>8</sup>.

Per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale sugli effetti delle pronunce della Corte europea va senz'altro richiamata la *sentenza n. 113 del 2011* (caso Dorigo) con la quale il Giudice delle leggi ha adottato una pronuncia additiva "di istituto", introducendo nel codice di procedura penale una nuova ipotesi di riapertura del processo definito con sentenza passata in giudicato nei casi in cui la Corte dei diritti dell'uomo abbia accertato una violazione della Convenzione<sup>9</sup>. Senza soffermarsi in questa sede sugli innumerevoli aspetti critici della decisione della Corte costituzionale<sup>10</sup>, ci si limita ad osservare che dalla motivazione della pronuncia emerge una interpretazione "forte" della portata dell'art. 46 CEDU, sul quale si fonda l'operazione additiva, che non appare del tutto coerente con la ricostruzione operata dal Giudice costituzionale nelle "sentenze gemelle" (nn. 348 e 349 del 2007), né con la consolidata giurisprudenza europea. La Corte costituzionale, infatti, giustifica l'operazione additiva sulla base di un presunto *obbligo* di riapertura del processo definito con sentenza passata in giudicato che non pare affatto rinvenirsi, almeno nella forma giuridicamente vincolante intesa dal Giudice delle leggi, nella giurisprudenza di Strasburgo. La Corte dei diritti, ancora di recente, si è limitata ad affermare - tra l'altro nei soli casi di violazione dell'art. 6 CEDU - che la riapertura del giudizio celebrato in violazione delle garanzie dell'equo processo rappresenta *in linea generale* la misura più idonea a rimuovere la violazione accertata<sup>11</sup>. Si è fatto venir meno il giudicato penale interno, senza l'intervento del legislatore nazionale, e sulla base di una mera indicazione proveniente da una Corte sovranazionale che, come la giurisprudenza costituzionale non ha mancato di rilevare sin dalle sentenze del 2007, appartiene ad un sistema, quello del Consiglio d'Europa, rispetto al quale il nostro ordinamento non ha operato alcuna "cessione" di sovranità a differenza che rispetto all'ordinamento europeo (comunitario). La scelta è gravida di conseguenze, si pensi alla portata dei valori che sono in gioco: la credibilità della funzione giurisdizionale, il principio di affidamento e la certezza del diritto, la potestà punitiva dello Stato e potrà riflettersi anche in materia civile.

### **3. Il principio di irretroattività della legge (civile) nella giurisprudenza costituzionale e nella giurisprudenza europea: il caso del Personale ATA**

Una recente occasione di contrasto tra le due Corti in ordine alla conformità a Convenzione di una legge nazionale offre l'occasione per mettere alla prova la tenuta del sistema costruito con le "sentenze gemelle".

Il caso: la Corte costituzionale ha dichiarato infondata, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dall'art. 6 §1 CEDU, la questione di costituzionalità sollevata sull'art. 1, comma 218, della legge finanziaria 2006 (legge n. 266 del 2005), il quale ha stabilito, tra l'altro, che il comma 2 dell'art. 8, legge n.124 del 1999 (*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*), si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (denominato ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento. La disposizione recepisce un accordo intervenuto tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali (e già recepito in un decreto ministeriale del 5 aprile 2001) in base al quale, ai fini del primo inquadramento, doveva considerarsi il principio del maturato economico (meno favorevole per il lavoratore) in luogo di quello della complessiva anzianità conseguita. Il rigetto della questione si fonda sul riconoscimento della sussistenza dei «motivi imperativi di interesse generale» a giustificazione della norma censurata, condizione alla quale lo stesso giudice europeo riconosce la legittimità dell'ingerenza statale nel godimento del diritto fondamentale in questione<sup>12</sup>. Secondo la Corte costituzionale «nella specie il legislatore non ha travalicato i limiti fissati dalla Convenzione. La vicenda normativa in esame non solo non determina una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, ma si dimostra coerente con l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico»<sup>13</sup>. La decisione in ordine alla sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale implica, secondo il Giudice delle leggi, «una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti» in quanto posti nella posizione migliore ad assolvere un compito che tocca interessi alla base dell'esercizio del potere legislativo<sup>14</sup>.

In un ricorso individuale nel quale il ricorrente lamentava la violazione del diritto ad un processo equo e del diritto di proprietà in ragione dell'applicazione della medesima norma uscita indenne dal vaglio di costituzionalità-convenzionalità dinanzi alla Corte costituzionale italiana, la Corte di Strasburgo giunge alla conclusione opposta rispetto alla sua compatibilità con la Convenzione e dichiara l'avvenuta violazione di entrambi i diritti con la sentenza *Agrati e altri c. Italia* del 7 giugno 2011.

La Corte dei diritti ha ritenuto non legittimo lo scopo addotto dal Governo a giustificazione della norma di interpretazione autentica - l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 - che influiva su procedimenti civili in corso. Secondo il giudice europeo l'ingerenza statale aveva in realtà il solo scopo di preservare l'interesse finanziario dello Stato, diminuendo il numero di procedimenti pendenti dinanzi alle giurisdizioni<sup>15</sup>, e dunque non poteva ricondursi tra i «motivi imperativi di interesse generale» in base ai quali la giurisprudenza europea considera legittimi simili interventi<sup>16</sup>. La Corte europea, rispondendo ad una eccezione del Governo italiano<sup>17</sup>, osserva inoltre che la decisione della Corte costituzionale non è sufficiente a stabilire la conformità a Convenzione della legge nazionale<sup>18</sup>, rivendicando in tal guisa per sé la competenza a dire l'ultima parola.

Della medesima vicenda è stata investita anche la Corte di Giustizia UE con un rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Venezia, per il vaglio di compatibilità della medesima disposizione con l'ordinamento europeo (comunitario) anche in riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti fonda-

mentali (sul diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice). La Corte di Lussemburgo con sentenza del 6 settembre 2011<sup>19</sup> per la prima volta, ha ricondotto nell'ambito di applicazione della direttiva sui trasferimenti di impresa<sup>20</sup> i trasferimenti di personale pubblico da un ente territoriale ad un altro. Tale direttiva stabilisce l'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario, e le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa; l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo. La Corte di Giustizia rimetteva perciò al giudice del rinvio il compito di esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si fosse verificato un siffatto peggioramento retributivo.

Prima che il Tribunale di Venezia si pronunciasse, tuttavia, è intervenuta la Corte di Cassazione<sup>21</sup>, la quale dava seguito alle giurisprudenze europee sulla base della giurisprudenza costituzionale che riconosce anche alle sentenze interpretative della Corte UE quell'*effetto diretto* che obbliga il giudice a non applicare la normativa interna con esse contrastante<sup>22</sup>. La Cassazione, dunque, non risolvendo la questione di legittimità costituzionale dinanzi al Giudice delle leggi, ha impedito a quest'ultimo di pronunciarsi sull'evidente contrasto giurisprudenziale (*sentenza n. 311 del 2009 v. sentenza Agrati c. Italia*).

Ciononostante il Giudice costituzionale ha trovato comunque il modo, in successive occasioni<sup>23</sup>, di ribadire il proprio diverso orientamento interpretativo con riguardo alla valutazione della sussistenza dei «motivi imperativi di interesse generale» che legittimano interventi legislativi con effetti retroattivi, prendendo le distanze dalla giurisprudenza europea. In particolare la Corte ha ribadito che «spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte» valutare la portata di siffatti motivi «con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionali, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali». E allorché la norma censurata si sia limitata «ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo» in costanza di contrasti giurisprudenziali, essa contribuisce a superare una situazione di oggettiva incertezza realizzando così «principi di indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»<sup>24</sup>. Il Giudice costituzionale considera una circostanza indiretta e di mero fatto, pertanto inidonea ad incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo, che il perseguimento di tali risultati abbia riflessi favorevoli per una pubblica amministrazione. È proprio questo il passaggio argomentativo che più di ogni altro sembra rimarcare la differenza tra le due giurisprudenze, considerato tra l'altro che, nella prospettiva della tutela del diritto individuale, non ha rilievo la distinzione tra conseguenze dirette ed intenzionali e quelle indirette o di mero fatto, mentre la Corte costituzionale non può che «rileggere» la giurisprudenza europea nell'ottica del giudizio sulle leggi.

La vicenda mette in luce in modo emblematico quanto possa essere rilevante in taluni casi la diversa prospettiva nella quale giudicano le Corti: l'una in vista della salvaguardia della coerenza e della ragionevolezza dell'ordinamento nel suo complesso, l'altra a tutela del diritto fondamentale del ricorrente. Mentre questa seconda prospettiva esige una stretta e rigorosa interpretazione delle limitazioni legittime al godimento dei diritti come la sussistenza dei «motivi imperativi di interesse generale»; nella prima prospettiva gli

stessi motivi possono (e debbono) essere apprezzati in un'ottica meno stringente [con ciò, si badi, non si vuole consentire nulla ad un legislatore, quello italiano, che benevolmente possiamo definire "pasticcione" e meglio farebbe a valutare prima, non dopo che si sono manifestate, le conseguenze anche economiche delle scelte operate]<sup>25</sup>.

Si aggiunga che, al di là della specifica vicenda relativa al personale ATA, paiono persuasive le ragioni in base alle quali il Giudice costituzionale ha rivendicato per sé l'ultima parola in materia<sup>26</sup>. Si ricordi, infatti, che pur riconoscendo alle norme della CEDU la funzione di integrazione del parametro costituzionale, il Giudice delle leggi, nella ricostruzione operata con le sentenze gemelle, non ne ha fatto discendere una sorta di "immunità" delle stesse dal sindacato di costituzionalità: il rango sub-costituzionale loro riservato implica che, per essere idonee ad esplicare i loro effetti nel giudizio di costituzionalità, devono risultare a loro volta conformi a Costituzione. A questo riguardo il Giudice costituzionale ha altresì sottolineato la differenza delle norme CEDU rispetto a quelle comunitarie e a quelle concordatarie, precisando che il controllo cui possono essere sottoposte si riferisce a *tutte* le norme costituzionali e non soltanto ai principi supremi dell'ordinamento<sup>27</sup>.

La Corte avrà modo di affrontare nuovamente la questione dei rapporti con la giurisprudenza europea in materia e soprattutto di chiarire a chi spetta l'ultima parola in occasione della decisione di una nuova questione di legittimità sollevata, proprio in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dall'art. 6 CEDU, sull'art. 1, comma 777 della legge n. 296 del 2006 (Legge finanziaria 2007)<sup>28</sup> secondo cui l'art. 5, secondo comma, del d.P.R. n. 488 del 1968 e succ. mod. si interpreta nel senso che, in caso di trasferimento presso l'assicurazione generale obbligatoria italiana dei contributi versati ad enti previdenziali di Paesi esteri in conseguenza di convenzioni ed accordi internazionali di sicurezza sociale, la retribuzione pensionabile relativa ai periodi di lavoro svolto nei Paesi esteri è determinata moltiplicando l'importo dei contributi trasferiti per cento e dividendo il risultato per l'aliquota contributiva per invalidità, vecchiaia e superstiti in vigore nel periodo cui contributi si riferiscono. Sono fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della presente legge.

La disposizione censurata aveva già superato il vaglio di costituzionalità, sotto profili diversi da quelli oggi invocati<sup>29</sup>, considerato che aveva lo scopo di sanare una situazione di ingiustificata disparità di trattamento sussistente tra il pensionato che ha lavorato in Italia e quello che ha lavorato in Svizzera trasferendo poi i contributi in Italia, posto che, a parità di retribuzione pensionabile, ai due lavoratori sarà liquidata una pensione di identica misura pur a fronte di un carico contributivo superiore di circa quattro volte per il primo.

Sulla medesima disposizione si è pronunciata altresì la Corte europea dei diritti nel caso *Maggio e altri c. Italia* (con sentenza del 31 maggio 2011), che ha invece dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU non ritenendo "*compelling enough*" l'interesse generale volto a ristabilire un equilibrio del sistema pensionistico invocato dal Governo italiano a giustificazione della misura<sup>30</sup>.

Se la Corte costituzionale deciderà di tenere fermo il proprio orientamento e se si atterrà alla ricostruzione delle "sentenze gemelle", non potrà limitarsi a constatare *en passant* il contrasto giurisprudenziale, ma sarà tenuta (e questa sarebbe la prima volta) a sottoporre espressamente al sindacato di costituzionalità l'art. 6 CEDU, norma convenzionale interposta, come interpretata dalla Corte europea nella sentenza sul caso *Maggio*.

#### 4. Conclusioni sul "dialogo" tra le Corti

La complessa vicenda giudiziaria ricordata mette in luce la delicatezza dell'equilibrio dei rapporti tra Corti costituzionali nazionali e Corte europea.

Al di là della difficoltà di acquisire dimestichezza con la tecnica del *distinguishing* - rispetto alla quale le Corti e i giudici degli ordinamenti di *common law* risultano meglio attrezzati -, al fondo della problematica, in effetti, sta la scelta in ordine alla prevalenza-preferenza da accordare di volta in volta ad interpretazioni uniformi, a garanzia di standard comuni minimi di tutela dei diritti fondamentali, ovvero ad interpretazioni più attente ai contesti (culturali, socio-economici) e agli ordinamenti dei singoli Stati contraenti<sup>31</sup>.

È ormai urgente istruire, elaborando categorie nuove, la questione del rapporto tra le Corti e tra gli "ordinamenti". Il "dialogo" tra i giudici, affidato sostanzialmente alla loro "benevolenza"<sup>32</sup>, da solo, infatti, non è di per sé sufficiente a prevenire e risolvere i contrasti, soprattutto nei casi in cui ci sono in gioco valori o beni espressione della cultura, dell'identità e della tradizione giuridica di un paese. In questi casi l'approfondimento delle argomentazioni poste a sostegno dei confliggenti orientamenti giurisprudenziali dovrebbe svolgere una funzione decisiva.

Il coordinamento tra i sistemi di tutela dovrebbe implicare altresì l'individuazione di criteri volti a tracciare le strade percorribili dal singolo a tutela dei propri diritti, e a delimitare la discrezionalità dei giudici in ordine alla Corte (nazionale o sovranazionale) da investire per dare soluzione ai propri dubbi ermeneutici.

L'elaborazione di criteri a tal fine sembra quanto mai necessaria anche a salvaguardia del ruolo della nostra Corte costituzionale che rischia di essere emarginata dal sistema multilivello di tutela dei diritti, sia a motivo del dialogo sempre più stretto tra i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, sia a causa dell'assenza di un ricorso diretto individuale interno che le consenta di essere adita dai singoli.

Alla luce di quanto detto pare urgente la ridefinizione degli ambiti di giurisdizione delle Corti e dei rispettivi ruoli in una prospettiva unitaria, a partire da una profonda e sistematica rilettura degli artt. 10, 11, 101, 111, 117, primo comma, e 134 della Costituzione repubblicana. Con riguardo in particolare agli sviluppi che si sono discussi nel corso della giornata odierna è ormai indispensabile una rilettura dell'art. 101 Cost., il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge presenta oggi profili di complessità.

<sup>1</sup> Cfr. sentenze n. 113 del 1985, n. 389 del 1989, 168 del 1991.

<sup>2</sup> Cfr. ordinanze n. 255 del 1999; n. 62 del 2003; n. 125 del 2004; n. 241 e n. 268 del 2005; n. 252 del 2006.

<sup>3</sup> Si ricordi ad esempio la sentenza n. 303 del 1996, in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*), nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando (come era nel caso concreto), pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

<sup>4</sup> Si ricordino i casi *Costa e Pavan c. Italia*, sentenza del 28 agosto 2012 e *Godelli c. Italia*, sentenza del 26 settembre

2012 (entrambe le sentenze diverranno definitive alle condizioni di cui all'art. 43 CEDU).

<sup>5</sup> Cfr. ad es. caso *Marckx c. Belgio*, sentenza del 13 giugno 1979, §68.

<sup>6</sup> Si v., più di recente, G. BARTOLINI, *Sub art. 41*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, Padova 2012, 703 ss.

<sup>7</sup> Si v., tra le molte, *Scoppola c. Italia (N.2)*, sentenza del 17 settembre 2009, §§147-148 e meno di recente *ex multis Guerra e altre c. Italia*, sentenza del 19 febbraio 1998.

<sup>8</sup> Si ricordi tra i casi italiani *Scordino c. Italia*, GC, sentenza del 29 marzo 2006.

<sup>9</sup> La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, §1 CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo". Sulla medesima vicenda processuale si v. anche Corte Cost., *sentenza n.129 del 2008* che dichiarava l'infondatezza della questione e nella quale si rivolgeva al legislatore "un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU". Per una ricostruzione dell'intera vicenda giurisprudenziale relativa al caso Dorigo si v. G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2011; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, *ibidem*; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la convenzione europea dei diritti umani...ovverossia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, *ibidem*.

<sup>10</sup> Sui quali, volendo, si v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012.

<sup>11</sup> Cfr. *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Svizzera (N.2)*, GC, sentenza del 30 giugno 2009.

<sup>12</sup> Sentenza n. 311 del 2009.

<sup>13</sup> Cit. n. 9 del considerato in diritto.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> Cit., §§64-65.

<sup>16</sup> In presenza di "ragioni storiche epocali": *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003; per ristabilire un'interpretazione più aderente alla volontà del legislatore e per porre rimedio ad una imperfezione tecnica delle legge interpretata: *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, sentenza 23 ottobre 1997; *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*, sentenza del 27 maggio 2004.

<sup>17</sup> Cit., §57.

<sup>18</sup> Cit., §62.

<sup>19</sup> Grande Sezione, C-108/10 *Scattolon*.

<sup>20</sup> Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE.

<sup>21</sup> Sez. lavoro, sentenza del 12 ottobre 2011, n. 20980 (seguita da altre del medesimo tenore).

<sup>22</sup> Cfr. sentenze citate *supra* nota 1.

<sup>23</sup> Si v. le sentenze n. 15 e n. 78 del 2012, n. 257 del 2011.

<sup>24</sup> Così sentenza n. 15 del 2012 (n. 3.3. del considerato in diritto).

<sup>25</sup> Per una puntuale disamina della giurisprudenza delle due Corti sull'argomento si v. da ultimo A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Aic (on line)*, n. 3/2012.

<sup>26</sup> Anche considerata la fragilità (per non dire l'assenza) della motivazione dei provvedimenti resi nella specie da entrambe le Corti sovranazionali: i giudici nazionali non possono sottrarsi, mi pare, dall'apprezzamento anche nel merito della giurisprudenza europea.

<sup>27</sup> Più di recente cfr. sentenza n. 80 del 2011.

<sup>28</sup> Iscritta al n. 10 del R.O. del 2012.

<sup>29</sup> Cfr. sentenza n. 172 del 2008.

<sup>30</sup> §49.

<sup>31</sup> In argomento, con posizioni fortemente differenziate, si v. M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare* a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Napoli 2009 e A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Corte Costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 149ss.

<sup>32</sup> G. CANIVET, *Les influences croisées entre juridiction nationales et internationales: éloge de la b n volence des juges*, in *RSC*, 2005, 799 ss.

---

# Tempi del processo e contenuto della giurisdizione

---

**Lorenza Calcagno**

*Giudice del Tribunale di Genova*

**Sommario:** 1. *Premessa.* - 2. *La Corte Europea di Strasburgo e l'Italia in tema di applicazione dell'art. 6 della Convenzione.* - 3. *L'eccessiva durata del processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.* - 4. *Parametri e criteri di individuazione della durata ragionevole nella giurisprudenza della Corte EDU.* - 5. *Gli strumenti normativi nazionali.* - 6. *Il principio del contraddittorio.* - 7. *Principio di effettività.* - 8. *Conclusione.*

## 1. Premessa.

Dovendo occuparmi, in questo mio breve intervento, della relazione tra i principi contenuti nella Convenzione dei diritti dell'uomo come interpretati dalla Corte EDU e il nostro processo, emerge immediato l'interesse a verificare se possa oggi ritenersi presente in Europa un patrimonio minimo di garanzie tale da poter far riferimento ad un modello europeo di "due processo of law" (definizione contenuta negli Emendamenti V e XIV della Costituzione americana). A questo proposito, l'interprete non deve dimenticare che l'art. 6 della Convenzione trova riscontro contenutistico nell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea di Nizza 2000, e che il Trattato di Lisbona del 13.12.2007 all'art. 6 prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Quando si parla di processo e di Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sorge il richiamo, per l'interprete italiano, alla problematica della durata, questione sulla quale il sistema "Italia" è molto sensibile perché oggetto di pesanti richiami da parte dello stesso Consiglio di Europa; tuttavia, oltre a questo aspetto, certamente molto importante, appare di grande interesse individuare ed analizzare altri profili di tutela, quali il principio del contraddittorio e l'effettività.

L'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Intitolato "Diritto ad un equo processo", tale norma contiene una elencazione di diritti attinenti al processo, in particolare fa espresso riferimento alla pubblicità della procedura, alla durata ragionevole, alla garanzia di un accesso ad un tribunale ed all'indipendenza ed imparzialità dello stesso; richiama poi, nel § 3, diritti e garanzie interne al processo: l'eguaglianza delle parti, il diritto ad essere informato sull'accusa, il diritto all'assistenza legale. Si può dunque affermare l'esistenza di un diritto al processo e di diritti interni al processo. I contenuti delle garanzie presenti nel comma terzo dell'art. 6, se pure fanno direttamente riferimento all'accusa penale trovano spazio, come in seguito vedremo, anche nel processo civile.

I diritti protetti dall'art. 6 possono definirsi in termini di standard minimo delle garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione, posto che il cd "giusto processo" è un elemento fondamentale della preminenza del diritto, così si esprime il Preambolo della Convenzione, in quanto parte del patrimonio comune dei contraenti. Sotto

questo profilo ricordo che il quinto capoverso del Preambolo, che recita: "Risolti, in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto delle libertà e di preminenza del diritto, a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione Universale...", nel suo contenuto riferito alla preminenza del diritto è stato utilizzato dalla giurisprudenza per una corretta interpretazione di alcune disposizioni, tra le quali l'art. 6: quale esempio si può citare la sentenza *Brumarescu* (Cedu, *Brumarescu c. Romania*, 20.10.1999) nella quale la Corte EDU ha affermato come il diritto ad un equo processo dinanzi ad un tribunale garantito dall'art. 6(1) della Convenzione vada interpretato alla luce del Preambolo che dichiara la preminenza del diritto come parte del patrimonio comune degli Stati contraenti. La Corte, poi, già in *Decourt c. Belgio* 17.1.1970, ha chiarito come in una società che possa dirsi democratica ai sensi della Convenzione, il diritto ad un'equa amministrazione della giustizia occupa un posto di tale rilievo che una interpretazione restrittiva dell'articolo non corrisponderebbe allo spirito ed alla ratio della disposizione.

Fin d'ora deve sottolinearsi come la norma in commento ponga un obbligo di risultato a carico degli Stati membri che si traduce nella necessità di adottare misure positive in grado di garantire adeguatamente ed in maniera effettiva i diritti protetti dall'articolo in commento. In caso contrario la Corte EDU accerterà l'avvenuta violazione della norma e condannerà lo Stato inadempiente. Compito del giudice di Strasburgo è verificare se la procedura, nel suo complesso, si presenti equa, ma occorre avere chiaro che non si tratta di un quarto grado di giudizio e che, come bene questa mattina ha spiegato il Prof. Valdimiro Zagrebelski, i giudici di Strasburgo si occupano di storie individuali e nella loro giurisprudenza non troveremo l'atipicità della fattispecie. La Corte ha chiarito che, se gli imperativi inerenti la nozione di processo equo non necessariamente coincidono nella materia penale e civile, posto che gli Stati hanno maggiore libertà di disciplina nell'ambito civilistico, pur tuttavia l'esigenza della parità delle armi, intesa in termini di equilibrio ragionevole, "vale di regola in civile come in penale", così Cedu, *Dombo Beheer c. Paesi Bassi*, 27.10.1993.

Naturalmente il primo aspetto della tutela investe l'accesso alla giustizia: la previsione di limiti è legittima se è legittimo lo scopo cui quella limitazione è legata e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito. In questa prospettiva appaiono interessanti le questioni affrontate con riferimento all'istituto della prescrizione e della mediazione. Quanto alla prima, la previsione di termini prescrizionali rientra nell'ambito del libero apprezzamento statale purché lo scopo perseguito sia legittimo. In *Kaufmann contro Italia*, Cedu 19.5.2005, i giudici di Strasburgo hanno individuato una violazione all'art. 6.1

sotto il profilo dell'accesso al giudice in un caso nel quale era stata negata alla parte una proroga del termine assegnato al fine dell'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 cpc, in presenza di obiettive difficoltà nella notifica. Questo profilo si presenta interessante e deve essere tenuto presente dall'interprete interno di fronte alla problematica afferente la possibilità di concedere l'autorizzazione al rinnovo della notifica di atti processuali, invitandolo a valutare attentamente i motivi che hanno portato al mancato perfezionamento del procedimento notificatorio (la Corte di Cassazione risulta sensibile sull'argomento, come emerge dalla lettura della decisione 26.3.2012, n. 4842).

Per quanto attiene alla mediazione, ricordo come il D.Lgs. 28/2010 abbia introdotto la mediazione obbligatoria, definendola in termini di condizione di procedibilità (normativa come noto dichiarata incostituzionale per eccesso di delega dalla Consulta nella parte relativa alla obbligatorietà dello strumento come da comunicato del 24.10.2012). La disciplina nasce in attuazione della Direttiva 2008/52/CE che faceva riferimento ai principi espressi dal sistema di norme cui il Consiglio D'Europa fa capo. In tema di mediazione obbligatoria vi è un interessante precedente della Corte EDU – sentenza Alassini e altri c. Telecom e Wind 18.3.2010- nella quale si trova affermato il principio che una “tutela giurisdizionale effettiva” non contrasta con l'imposizione del previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, purché questa non si sostituisca alla tutela giurisdizionale, da cui la necessità di ricostruire l'obbligo individuato dalla normativa interna in termini di mera condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda – in tema di interpretazione della Delibera 173/07/CONS. dell'Autorità Garante delle Telecomunicazioni la giurisprudenza interna aveva in alcuni casi definito il ricorso allo strumento conciliativo obbligatorio in termini di condizione di proponibilità, così dimenticando il necessario rispetto del diritto all'accesso come sancito dall'art. 6 della convenzione.

## **2. La Corte Europea di Strasburgo e l'Italia in tema di applicazione dell'art. 6 della Convenzione.**

Voglio qui delineare, in termini generali e partendo dalle prime pronunce, la storia dell'applicazione della norma in commento nei riguardi del nostro paese, guardando non soltanto al processo civile ma anche a quello penale, tributario ed alla materia fallimentare, per poi passare ad esaminare in modo più specifico i termini della ragionevole durata come risultanti dalla giurisprudenza della Corte ed occuparmi dunque dei riflessi interni con specifico riguardo alla adozione della Legge Pinto. Una volta approfondito il tema della durata ragionevole, esaminerò poi il principio del contraddittorio e quello della effettività della tutela.

Il nostro Paese, il quale ha, come noto, ratificato e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha però accettato le due clausole facoltative afferenti i ricorsi individuali e la giurisdizione obbligatoria della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il 1 agosto 1973. Nei primi anni la maggior parte dei ricorsi inoltrati alla Commissione e alla Corte denunciavano l'eccessiva durata dei processi dinanzi ai giudici nazionali. La prima pronuncia emessa su presentazione di un ricorso individuale è quella del caso Artico (sentenza 13.5.1980) avente ad oggetto la violazione dell'art. 6 (3) lett. c, per mancato pieno sfruttamento del diritto di difesa in quanto lo Stato aveva nominato un difensore d'ufficio ma questi non era comparso: la Corte ha riconosciuto la carenza di una piena difesa e stabilito il diritto ad un indennizzo per “non pecuniary injury”. La pronuncia successiva è nel caso Guzzardi (del 6.11.1980) nel quale il ricorrente aveva denunciato la violazione dell'art. 5 della

Convenzione perché sottoposto alla misura di prevenzione del soggiorno obbligato all'Asinara costituente una ipotesi di privazione della libertà illegittima perché applicata al di fuori delle ipotesi contenute nell'art. 5. Anche in questo caso la Corte EDU ha accolto il ricorso: il Guzzardi viene trasferito dall'Asinara ed il Ministero degli Interni decide, nel 1977, di non impiegare più quel luogo a fini di prevenzione. In questa ipotesi si assiste, per la prima volta, al di là della pronuncia di condanna che attiene sempre alla statuizione di un indennizzo, ad un effetto indiretto nel senso che l'Italia si adegua al contenuto della pronuncia, al di là della mera corresponsione di quanto statuito.

La terza pronuncia (Foti, Lentini, Cenerini e Gallo c. Italia 10.12.1982), interviene in ambito penalistico ed investe il principio del “termine ragionevole del processo”: la Corte censura il sistema processuale italiano e la sentenza apre il filone giurisprudenziale della condanna per la durata eccessiva dei processi nazionali che trova la sua consacrazione nella sentenza Capuano del 15.6.1987 (Cedu, Capuano c. Italia, ricorso 9381/81). Nella fattispecie il ricorso era stato presentato da Gloria Capuano ed uno degli elementi più interessanti attiene al fatto che il processo civile, nel momento nel quale la cittadina aveva adito la Corte Europea, era ancora pendente a distanza di 10 anni e 5 mesi dalla prima udienza – nella pronuncia si legge “there were no disputes as to the period to be considered. It began on 10 January 1977, when the defendant were due to appear before the Court, Italian law leaving it to the plaintiff to indicate the date for the initial hearing of the summons. It has not yet ended, since the proceedings are still pending” leggi in CEDU, serie A/119-. In quel caso la Corte ha condannato lo Stato al pagamento di otto milioni di lire a titolo di “just satisfaction” osservando come la ricorrente “fosse stata lasciata in uno stato di prolungata incertezza”.

## **3. L'eccessiva durata del processo nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.**

Come sopra già accennato, prima di esaminare i principi generali enucleabili dalla giurisprudenza di Strasburgo, seguendo un procedimento che ricorda la regola dello “stare decisis” e tenendo presente l'ammonimento del Professore Zagrebelski sulla natura della giurisprudenza della Corte, pare utile ricordare, se pure in termini sintetici, alcuni interventi che hanno toccato il processo in materia civile, penale, amministrativa e del lavoro; farò infine riferimento, perché mi pare di particolare interesse, ad alcune pronunce intervenute in ambito di diritto fallimentare.

### **2.1 Il processo civile**

Come già ricordato, la Corte EDU riconosce al legislatore nazionale una maggior libertà nel processo civile, atteso il carattere dispositivo che gli è proprio, ma questo non dispensa dall'osservanza del principio del termine ragionevole, vedi Cedu, Scoppelliti c. Italia, 23.11.1993; in particolare, i giudici di Strasburgo ricordano, nell'ambito di quel generale parametro di giudizio dato dalla proporzione tra i limiti del diritto e l'interesse sotteso, la presenza nel nostro sistema del principio di controllo del processo contenuto nell'art. 175 cpc. Ho già fatto riferimento alla sentenza Capuano del 1987, una delle prime nelle quali l'Italia è stata condannata a pagare una somma a titolo di “just satisfaction”. Il Governo Italiano ha più volte proposto dinanzi alla Corte, a giustificazione della ripetuta violazione del principio di durata ragionevole, la gran mole di contenzioso gravante sugli uffici giudiziari, la cui organizzazione si presenta inadeguata alla richiesta: la Corte ha però chiarito come debbano essere i singoli Paesi contraenti ad organizzare in modo efficiente i propri sistemi giudiziari, rispondendo alla richiesta di giustizia interna. Nel caso Santilli c. Italia (sentenza 19.2.1991)

i Giudici sottolineano come l'obbligo di creare strumenti di giustizia efficiente costituisca un corollario del principio che pone in capo agli Stati firmatari l'obbligo di ottenere, entro un termine ragionevole, una decisione definitiva ai sensi dell'art. 6 della Convenzione. Ci occuperemo successivamente dell'individuazione di quale è per la Corte un termine ragionevole, ma pare qui utile ricordare come frequentemente nelle pronunce si dia per scontata la violazione del principio a fronte di un processo pendente da oltre tre anni, come risulta da un passo che risulta interessante richiamare perché esprime un principio che si trova ripetuto nella giurisprudenza: "La cour rappelle avoir constaté dans quatre arrêts du 28 juillet 1999 l'existence, en Italie d'une pratique contraire à la Convention résultante d'une accumulation de manquements à l'exigence du "délai raisonnable". Dans la mesure où la Cour constate un tel manquement, cette accumulation consiste une circonstance aggravante de la violation de l'article 6 § 1" (così in *Bottazzi c. Italia*, 27.4.2000).

**2.2 Processo penale**  
Come già ricordato nella parte generale, l'Italia è stata condannata per la violazione della durata ragionevole anche in campo penale (richiamo il già citato caso *Foti, Lentini, Cenerini e Gulli*). Pare interessante riportare la valutazione effettuata dalla Corte con riguardo al fenomeno della latitanza ed alla sua incidenza sulla durata, tema affrontato nel ricorso avverso l'Italia proposto dall'ex venerabile della P2, *Licio Gelli*: i giudici hanno affermato che il ricorso a tutti gli strumenti difensivi riconosciuti dall'ordinamento non può ritorcersi contro chi denuncia la durata eccessiva del procedimento dinanzi ai giudici nazionali in quanto il cittadino soggetto a procedimento penale non è obbligato a cooperare con le autorità; la latitanza è stata quindi considerata solo un'iniziativa impropria e valutata come atteggiamento processuale della parte ma non idonea a costituire unico motivo dei ritardi. (nella fattispecie è stata detratto dal tempo di durata del processo il solo periodo di quattro anni ed un mese durante il quale il ricorrente era evaso dal carcere).

**2.3 Processo amministrativo.**  
In una prima fase la Corte di Strasburgo aveva escluso la possibilità di presentare ricorsi in questa materia, ritenendo prevalenti gli interessi pubblici coinvolti; successivamente ha distinto ed ammesso le ipotesi nelle quali fossero coinvolti solo interessi privatistici. Con la sentenza *Procaccini* del 30.3.2000, La Corte EDU è stata chiamata a valutare la violazione dell'art. 6 § 1 con riguardo ad un processo celebrato dinanzi al TAR Campania e, in forza della propria giurisprudenza che utilizza il criterio funzionale fondato sulla tipologia delle mansioni e delle responsabilità del soggetto per verificare la presenza o meno di una partecipazione alla pubblica autorità ed alle funzioni pubbliche, ha concluso, contro la prospettiva dello Stato italiano, per l'ammissibilità del ricorso ed ha condannato il nostro paese (la *Procaccini* era custode di una scuola).

**2.4 Processo del lavoro ed esecutivo. Procedura fallimentare**  
Con la sentenza *Vocaturò* del 1991 l'Italia è stata condannata anche nell'ambito di un processo lavoristico, nel quale per altro esiste una specifica normativa per evitare l'eccessiva lunghezza dei procedimenti: la Corte ha a tal proposito rilevato la sistematica inosservanza dei termini. La Corte si è occupata anche della fase esecutiva dei processi con specifico riferimento alla legislazione d'emergenza ed al sostanziale conseguente blocco degli sfratti: con la sentenza 3.8.2000 la Corte EDU ha messo sotto accusa la legislazione di emergenza che ha sospeso il diritto all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale di rilascio.

Nell'affaire *Ceteroni*, ricorsi 22461 e 22465/1993, i giudici di Strasburgo si sono occupati della procedura fallimentare applicando anche a questa i criteri per verificare la presenza

di una durata ragionevole e, ritenutane la violazione, hanno condannato, con la pronuncia 15.11.1996, l'Italia ad indenizzare il fallito per i danni morali sofferti. Un caso interessante, riguardante il diritto al rispetto della vita privata, previsto dall'art. 8 della Convenzione, ha investito l'art. 143 LF: la fattispecie, molto particolare, nasceva da una istanza di riabilitazione presentata da un soggetto che, al tempo della dichiarazione di insolvenza, era ancora minorenne, orfano di madre ed in conflitto di interesse con il padre, respinta per difetto della condizione del periodo minimo di cinque anni dalla chiusura della procedura. La Commissione (la prima camera della Commissione europea dei diritti dell'uomo il 26.6.1996 ha espresso all'unanimità il proprio parere sulla violazione dell'art. 8 della convenzione, cui è seguita la risoluzione ministeriale DH897) 18 del 27.1.1997 con cui anche il Comitato dei Ministri ha rilevato la violazione) ha stabilito che "la mancata concessione della riabilitazione civile, protrando lo stato di incapacità personale del fallito, costituisce un'ingerenza dello Stato nel diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza garantita dall'art. 8 della Convenzione" al di fuori delle ipotesi specificamente previste – fattispecie individuata dalla legge, per un fine legittimo e necessaria in una società democratica per il raggiungimento di quel fine – ed ha concluso che, nella sua previsione perentoria di cinque anni "non permette ai tribunali di utilizzare il proprio discernimento per evitare ogni possibile abnormità in un caso concreto..".

Per completezza ricordiamo infine come sia intervenuta pronuncia, ancora sull'esistenza di una pratica contraria alla Convenzione, in materia di pensionistica, in un caso di competenza della Corte dei Conti (caso *Sinagoga c. Italia*, 28.4.2000).

#### **4. Parametri e criteri di individuazione della durata ragionevole nella giurisprudenza della Corte EDU.**

La Corte ha sempre evitato di fornire una indicazione astratta e generale circa i termini oltre i quali la durata di un processo debba considerarsi irragionevole; in concreto, però, i giudici di Strasburgo utilizzano con regolarità alcuni parametri per accertare l'avvenuta violazione e per comminare la corrispondente condanna, ma l'evidente volontà di non enunciare esplicitamente tali parametri corrisponde meglio alla previsione dell'art. 6 che a sua volta non fornisce alcuna specifica indicazione sul punto. In dottrina – vedi *De Stefano*, La lunghezza della durata dei processi in Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'uomo, in *diritti.uomo.it* –, si evidenzia come ormai la giurisprudenza della Corte si sia orientata nel senso di sanzionare i casi in cui siano stati superati i seguenti tempi: tre anni per il primo grado, due anni per l'appello ed uno per la Corte di Cassazione. Questi numeri sono comunque indicativi, come emerge dall'esame di due fattispecie trattate contemporaneamente, dove in una è stata sanzionata la durata di tre anni e tre mesi per un grado di un giudizio previdenziale (*CEDU, Ciccardi c. Italia*, 16.11.2000), nell'altra è stata ritenuta compatibile con la Convenzione una durata di tre anni e sette mesi (*CEDU, Gemignani c. Italia*, 6.12.2001). Deve però rilevarsi come, nel processo civile, il superamento del 4° anno per il primo grado conduca sempre alla sanzione.

Il termine iniziale è quello in cui viene adito il giudice (*CEDU, Scopelliti c. Italia* 23.11.1993); nella durata devono essere conteggiati anche i periodi di sospensione ma non le pause dovute alla volontà delle parti o dell'imputato. Nella valutazione del termine finale trova considerazione anche la fase esecutiva (vedi il già ricordato caso della ritardata esecuzione di uno sfratto nella causa *Sorrentino c. Italia*, 29.1.2004).

Diversamente da quanto previsto dall'art. 2 della l. 89/2001,

che sarà oggetto di esame successivamente, l'indennizzo spetta per tutto il periodo.

Occorre ora esaminare i parametri che entrano nella valutazione della ragionevolezza del termine.

1. La complessità del caso: generalmente la Corte, pur riconoscendo la complessità quale elemento da valutare, non la costruisce come situazione completamente esimente. Costituiscono esempi di questa ipotesi la presenza di contrasti giurisprudenziali ( Pretto c. Italia 8.12.1983), la necessità di compiere atti d'indagine all'estero (Mansur c. Turchia, 26.2.1993), l'eccezionale mole di documenti da esaminare (Neumeister c. Austria, 27.6.1968), l'instaurazione di procedimenti incidentali (Kemmache c. Francia, 27.11.1991). Vi sono però materie, particolarmente sensibili, quali i minori e lo stato e la capacità delle persone, nelle quali la complessità non è un elemento di giustificazione valutato.

2. La condotta delle parti: è importante ricordare come possa proporre ricorso anche la parte risultata soccombente, ma dovrà dimostrare che la durata del procedimento le abbia creato un danno non logicamente escluso dalla sua soccombenza; il ricorrente deve infatti potersi considerare una vittima. Ciò che viene richiesto alle parti è una normale diligenza, dunque la richiesta di rinvii non è decisiva; se l'allungamento è dipeso solo parzialmente dalle scelte processuali dei soggetti interessati, non potrà essere esclusa la responsabilità dello Stato resistente qualora risulti decisivo in tale senso anche il ritardo dovuto a fattori indipendenti dalla volontà delle parti. In generale, il principio dispositivo che governa il nostro processo civile non può essere addotto a scusante dallo Stato quando risulti che, comunque, l'irragionevole durata non può imputarsi ad una colpevole inerzia delle parti (Scopelliti c. Italia 23.11.1993). Il comportamento esclude la condanna dello Stato solo quando è stato determinante nel rendere irragionevole la durata del procedimento.

3. La condotta delle Autorità coinvolte nel caso. Si tratta di un elemento che incide in maniera determinante nella valutazione dei giudici di Strasburgo in quanto la maggior parte dei ritardi è imputabile al cattivo funzionamento della macchina processuale. Quando i ritardi e le carenze sono cronici non solo non svolgono alcun ruolo giustificativo, al contrario aggravano la posizione dello Stato che si rivela incapace di gestire adeguatamente il problema. In una serie di pronunce contro il nostro Paese, la prima e più nota è Bottazzi c. Italia, 28.7.1999, la Corte EDU ha accertato l'esistenza, all'interno dello Stato, di una vera e propria pratica incompatibile con la Convenzione, sottolineando che l'articolo 6 prevede l'obbligo degli Stati contraenti di organizzare gli uffici giudiziari in modo da permettere agli stessi di rispondere alle esigenze di tale disposizione al fine di garantire una giustizia non amministrata con ritardi tali da comprometterne efficienza e credibilità; la ripetizione delle violazioni, si legge nella decisione, palesa un cumulo di inadempienze di natura identica e così numerose da non ricondursi ad incidenti isolati ma che anzi dimostrano l'esistenza di una situazione perdurante alla quale non si è ancora posto rimedio e per la quale gli utenti non dispongono di una via di ricorso interna (situazione ora modificata con l'introduzione della cd legge Pinto, la n. 89 del 24.3.2001).

Da questa pronuncia la Corte ha inflitto in modo quasi automatico all'Italia una lunga serie di condanne, almeno fino all'entrata in vigore della legge Pinto e certamente la posizione della Corte Edu non è stata estranea all'introduzione, a livello interno, del principio del giusto processo, con la modifica dell'art. 111 Cost. La Corte ha respinto giustificazioni fondate sulla responsabilità di soggetti diversi dall'Autorità giurisdizionale, ad esempio nel caso Capuano il Governo aveva indicato quale motivo della durata il ritardo con il

quale era intervenuto il deposito di due perizie, ma la Corte ha sottolineato come fosse il Giudice, dunque l'Autorità, a dover garantire i tempi del processo; su questo aspetto richiamo quanto esposto nella premessa in merito al rilievo dato dalla giurisprudenza della Corte all'articolo 175 del nostro codice di procedura civile. È importante qui sottolineare che l'obbligazione di risultato che sussiste a carico degli Stati non implica la necessità di un processo "breve", ma di un procedimento la cui durata, valutati tutti gli elementi del caso, appaia ragionevole. Tale impostazione è molto importante in quanto non esiste un principio che porti gli Stati verso una giustizia di carattere sommario con una irragionevole compressione del diritto di difesa, al contrario, occorre un contemperamento dei diversi interessi, dove l'utilizzo di tutti gli strumenti processuali riconosciuti alla parte non porti comunque ad una definizione in un tempo non ragionevole.

4. Criterio della posta in gioco per il ricorrente. Si tratta di un elemento che la Corte ha sempre considerato, alla stregua di una regola non scritta e di recente è entrato nella formula "standard" relativa all'accertamento della violazione del principio della ragionevole durata. Una particolare rilevanza è attribuita a questo criterio in casi nei quali tale interesse riveste una importanza eccezionale, come nel caso delle azioni intentate per il risarcimento dei danni da soggetti che avevano contratto il virus HIV a seguito di trasfusioni di sangue infetto, ad esempio in A. e altri c. Danimarca, 8.2.1996 e Karakaya c. Francia, 26.8.1994; ancora, il criterio ha trovato particolare attenzione in tema di procedure di adozione (H. c. Regno Unito, 8.7.1987); di divorzio (Bock c. Repubblica Federale Tedesca, 29.3.1989) e nell'ambito di procedimenti penali a carico di persone sottoposte a misure cautelari (Abdoella c. Paesi Bassi, 25.11.1992). Ricordo che la legge Pinto, nel recepire i criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte, non ha richiamato il criterio qui in esame, tuttavia il riferimento è presente nell'esperienza giurisprudenziale interna, vedi Appello Ancona, decreto 11.7.2001.

## 5. Gli strumenti normativi nazionali.

La legge costituzionale 23.11.1999, n. 2 ha modificato l'art. 111 Costituzione dando spazio al principio del giusto processo e sancendo la ragionevole durata dello stesso. La Corte Europea ha chiarito che la nozione di processo equo comprende il diritto al contraddittorio, ossia il diritto delle parti non solo di presentare in causa gli elementi necessari al successo delle loro pretese, ma anche di prendere cognizione di ogni documento o eccezione sollevata, nonché di discuterne in giudizio, principio espresso nelle pronunce *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, 27.10.1993 e *Craxi c. Italia*, 5.12.2002.

L'art. 111 Costituzione non introduce un diritto azionabile da chiunque ma, come dice S. Chiarloni "la disposizione costituzionale si rivolge al legislatore, imponendogli di produrre una normativa idonea a consentire il celere svolgimento dei processi e di riflesso attribuisce ai giudici della consulta il potere di dichiarare incostituzionale ogni disposizione da cui conseguano tempi processuali lunghi, inutili passaggi di atti da un organo ad un altro, formalità superflue o comunque attività che non siano giustificate nell'interesse della giustizia." vedi Il nuovo art. 111 Cost e il processo civile, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, fasc. 4. Dopo la riforma costituzionale era necessaria una fonte dedicata alla durata dei giudizi per introdurre nell'ordinamento un diritto tutelabile da quanti avessero sofferto a causa della eccessiva lunghezza dei processi, nel rispetto dei principi dettati dal sistema europeo di tutela dei diritti umani; già l'art. 10 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948 prevede che "ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, al fine della determina-

zione dei suoi diritti e dei suoi doveri nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga ricolta”. Secondo i Giudici della Consulta, la fonte costituzionale del principio della ragionevole durata del processo nazionale è l’art. 24 Cost., così C. Cost. 22.10.1999.

La fonte legislativa di tutela, cui la dottrina ricordata faceva riferimento, è la legge Pinto.

La legge n. 89 del 24 marzo 2001, intitolata “Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo”, entrata in vigore il 18.4.2001, ha influenzato in maniera radicale la disciplina dei ricorsi alla Corte Europea dei diritti dell’uomo presentati contro lo Stato italiano per denunciare l’eccessiva durata dei processi. In base alle disposizioni di legge, invece di proporre ricorso ai giudici di Strasburgo, si può presentare una istanza alla Corte d’Appello competente che deve decidere in camera di consiglio, ai sensi dell’art. 737 e ss. cpc, nel termine di quattro mesi dalla data di deposito del ricorso, con decreto immediatamente esecutivo ed impugnabile in Corte di Cassazione. L’art. 2 stabilisce il diritto ad un’equa riparazione per chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa della violazione dell’art. 6 par. 1 della Convenzione in relazione al mancato rispetto del termine ragionevole ed elenca gli elementi che l’Autorità giudiziaria nazionale deve considerare al fine di accertare la violazione. I criteri elencati sono:

la complessità del caso;

il comportamento delle parti (sul punto si richiama la sentenza C. Cass. VI sez. 9.1.2012 la quale ha chiarito il profilo della legittimazione al ricorso della parte soccombente);

il comportamento del giudice del procedimento;

il comportamento di ogni altra autorità chiamata a concorrere o comunque a contribuire alla definizione del procedimento. Si tratta, in sostanza, dei parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU con esclusione, come già ricordato, della posta in gioco.

La riparazione avviene ai sensi dell’art. 2056 cc osservando le seguenti disposizioni:

rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole (sopra si è già fatto riferimento a questa contraddizione tra la disciplina interna e quella emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU, secondo la quale la riparazione copre tutto il periodo di durata del procedimento);

il danno non patrimoniale viene riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell’avvenuta violazione. La normativa in commento è stata oggetto di critica sotto il profilo della macchinosità della procedura, della contrarietà, avuto riguardo all’art. 111 Cost., del termine di quattro mesi, troppo breve e che esporrebbe l’Italia al rischio di un ricorso a Strasburgo per violazione della ragionevole durata proprio con riguardo al procedimento disegnato per porre rimedio al problema.

La competenza a pronunciare spetta alla Corte di Appello del distretto in cui ha sede il Giudice competente ai sensi dell’art. 11 cpp a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto si è concluso, è estinto e pende il processo nel cui ambito la violazione si è verificata. La Corte di Appello di Caltanissetta nel 2001 ha segnalato come il criterio di competenza disegnato non possa trovare applicazione nei processi amministrativi. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 287/2007, ha confermato questa impostazione evidenziando che l’art. 3 della l. 89/2001 fa riferimento alla sola articolazione territoriale della giurisdizione ordinaria e “il carattere eccezionale della norma ne impedisce ogni interpretazione estensiva o analogica, con la conseguenza che, nel caso in cui il giudizio si sia svolto dinanzi a giudici non ordinari, siano essi il TAR o le sezioni giurisdizionali della corte dei Conti, i cui magistrati

non fanno parte di alcun distretto di Corte d’Appello, al di là della coincidenza di mero fatto tra ambito del distretto e circoscrizione della sezione-quanto al territorio regionale-, il giudice competente va individuato secondo gli ordinari criteri dettati dal codice di procedura civile e, essendo convenuta un’Amministrazione dello Stato, dall’art. 25 cpc.”. Ai sensi dell’art. 4 la domanda di riparazione può essere proposta:

durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione viene lamentata, oppure

a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il procedimento, diviene definitiva. La giurisprudenza della Corte di Cassazione prevede che la conclusione del processo con la cancellazione della causa dal ruolo non comporti l’esclusione del diritto all’equa riparazione essendo irrilevante, per il riconoscimento dell’indennizzo, la natura del provvedimento conclusivo dell’iter processuale, così C. Cass. sentenza n. 27719 del 30.12.2009. La prima applicazione della legge Pinto si trova in un decreto della Corte di Appello di Roma che ha indicato in tre anni il termine ragionevole entro cui concludere un processo. Con riferimento all’entità del risarcimento, la giurisprudenza nazionale si è mossa nel senso di chiarire la reale portata del danno subito: nella già ricordata pronuncia della Corte d’Appello de L’Aquila (23.7.2001, in *Platinum*, 2012) si legge: “un conto è attendere per anni il risarcimento del danno per contagio da virus HIV a seguito di trasfusioni, trattandosi di “posta” decisiva per l’attore, altro è attendere un risarcimento da sinistro stradale senza conseguenze sulla salute, in cui la lungaggine è compensata dal risarcimento da svalutazione monetaria”.

La giurisprudenza ha elaborato una serie di linee guida nell’accertamento e nella liquidazione di questo speciale procedimento le quali richiamano, ma in alcuni casi si discostano, dai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU sopra esaminati. Tali criteri sono:

la legittimazione attiva spetta a chiunque sia stato parte del giudizio di cui si lamenta l’eccessiva lunghezza, a prescindere dall’aver o meno vinto, così C. Cass. n. 7.1.2010, n. 61. Sul punto si richiama quanto già ricordato in merito alla necessità di evidenziare la presenza di uno svantaggio non assorbito dalla soccombenza, secondo la lettura della Corte EDU; i criteri comunemente adottati per l’equa riparazione prevedono il riconoscimento di non più di 1.000/1.500 euro per ciascun anno di durata del processo, in base ad alcune indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, in particolare *Cedu, Sejdavic c. Italia*, 10.11.2004; è possibile accordare anche una somma minore se la controversia ha scarsa importanza, così C. Cass. 23.6.2011, n. 13804 e, in ultimo, C. Cass. 19.7.2012, n. 12937 la cui massima recita: “l’inesistenza di un pregiudizio importante, dovuto all’irrisorietà o alla modestia del valore effettivo della controversia sottoposta al giudice del giudizio presupposto, consente di ragionevolmente ridurre la compensazione del danno non patrimoniale subito per la lentezza del processo in relazione alla particolarità del caso concreto e di scendere, al fine di cogliere l’effettiva consistenza economica e sociale della vicenda presupposta, al di sotto dei parametri tabellari plasmati dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (da 750 euro e poi da 1.000 in su), da riservarsi ai casi in cui il pregiudizio è serio e tale da comportare conseguenze significative sulla situazione personale della parte.”;

la valutazione compete al giudice del merito il quale deve rispettare i parametri ma ha la facoltà di discostarsene in funzione delle circostanze del caso concreto, purché motivate e non irragionevoli, così C. Cass. 23.6.2011, n. 13804; come già ricordato, le Corti nazionali tendono a riconoscere la riparazione solo per gli anni successivi ai primi tre del giu-

dizio, in forza di una interpretazione letterale dell'art. 2, così C. Cass. 24.2.2010, n. 4524;

il diritto ad un'equa riparazione ha carattere indennitario e non risarcitorio, così C. Cass. sentenza n. 4524/2010;

il principio di un termine ragionevole non si applica ai processi aventi ad oggetto controversie che investono in maniera specifica la determinazione di un tributo; si applica invece per quanto attiene agli aspetti consequenziali ed alle controversie afferenti l'applicazione di sanzioni di carattere tributario, C. Cass. 30.8.2005, n. 17499;

il decreto è impugnabile solo in Cassazione, con il riconoscimento dunque di due soli gradi ed il secondo soltanto per motivi di diritto; la questione è stata affrontata dalla Corte EDU nella pronuncia 26.3.2006, Apicella c. Italia, ricorso 64890/2001, consultabile in Ministero Giustizia in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

Volendo a questo punto interrogarsi sulla simmetria esistente tra la Convenzione ed il sistema della legge Pinto, bisogna ricordare come la Corte di Cassazione, con la pronuncia 8.11.2006, n. 21653, abbia evidenziato come la legge 89 del 2001 debba vedersi quale "mezzo strumentale all'attuazione della Convenzione europea", con la conseguenza che i giudici nazionali dovranno uniformarsi agli indirizzi della Corte di Strasburgo. Anche la pronuncia della Corte di Cassazione, 17.6.2004, n. 11350 sviluppa il principio della simmetria tra disposizioni contenute nella Convenzione e normativa nazionale ed in particolare afferma: "l'approvazione della legge 89 è stata determinata dalla necessità di prevedere un rimedio giurisdizionale interno contro le violazioni relative alla durata dei processi in modo da realizzare quel principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo sul quale si fonda il sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo e dal quale deriva che gli Stati che hanno ratificato la CEDU debbano riconoscere a tali diritti una protezione effettiva (art. 13 CEDU) e cioè tale da porre rimedio (alle eventuali loro violazioni) senza necessità che si adisca la Corte di Strasburgo."

Anche la Corte EDU ha ritenuto necessaria una piena simmetria tra norme interne e sistema di tutela convenzionale, così nella pronuncia Scordino c. Italia, 29.3.2006.

Recentemente la Corte EDU è intervenuta su pronunce nazionali assunte in forza della legge 89 ritenendo l'insufficienza dell'indennizzo ma non mettendo in alcun modo in discussione l'effettività del ricorso (casi Delle Cave e Corrado c. Italia, 5.6.2007; Simaldone c. Italia, 31.3.2009).

## 6. Il principio del contraddittorio.

Secondo la Corte di Strasburgo questo principio entra direttamente nella definizione di processo equo; è noto anche come "parità delle armi" o "eguaglianza delle risorse processuali" e vale non solo per le eccezioni e i documenti presentati dalle parti, ma anche dal Giudice, in particolare quando decida su una domanda in forza di una eccezione sollevata d'ufficio o in base ad una riqualificazione operata ex officio. Il principio del contraddittorio, "adversarial trial" nella giurisprudenza della Corte EDU, non compare esplicitamente nel testo dell'art. 6 della Convenzione, ma, secondo un autorevole autore (Uberty, Principi di procedura penale europea, Milano, 2009), si potrebbe desumere dalla stessa nozione di hearing, lemma utilizzato nella versione inglese della Convenzione, tradotto nella versione italiana come processo, che racchiude la necessità per l'interessato di farsi ascoltare onde poter controbattere alle avverse ragioni, in una fase processuale caratterizzata dalla fairness. È lo stesso significato della parola hearing, dunque, che racchiude il riferimento all'ascolto. Se è difficile trarre dalla giurisprudenza di Strasburgo una definizione generale del principio del contraddittorio, prima di tutto per essere quella giurisprudenza costruita sui casi concreti, possono però ricordarsi alcune

pronunce nelle quali si trovano enunciati importanti. Nella causa Vermeulen c. Belgio, 20.2.1996, leggiamo: "the right to an adversarial trial means in principle the opportunity for the parties to a criminal or a civil trial to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed.. with a view to influencing the court's decision."; qui il riferimento sembra essere centrato sul diritto a contraddire sulla prova, ma non bisogna dimenticare che, nell'impostazione dei giudici di Strasburgo, il diritto al contraddittorio non è contrapposto ad un metodo del contraddittorio perché è attraverso il pieno riconoscimento alle parti di far conoscere e di conoscere tutti gli elementi del processo che viene garantito un elemento centrale del processo per permettere l'accertamento della verità. Espressione fondamentale del principio qui in esame, inteso nel senso ampio sopra indicato, è quindi e conseguentemente la parità delle armi tra le parti processuali, desumibile dalla lettera d comma 3 dell'art. 6, la cui definizione in termini generali si trova in una decisione afferente il processo civile, la già richiamata Dombo Beheer c. Paesi Bassi, 27.10.1993, "as regards litigation involving opposite private interests, "equality of arms" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case-including his evidence- under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent", quindi occorre dare ad ogni parte l'opportunità di esporre le sue ragioni, comprensive del diritto alla prova, onde non porre alcuna in posizione diversa ed inferiore rispetto all'altra. Una definizione nei medesimi termini si trova in un'altra pronuncia, questa volta in tema penale (Bulut c. Austria, 22.2.1996) contenente precisazioni proprie di questo processo. Occorre comunque tener distinti i due concetti del diritto al contraddittorio e della parità delle armi se pure, per quanto brevemente sopra argomentato, si presentino strettamente correlati.

Come il principio qui in esame possa trovare applicazione nella soluzione di problematiche processuali afferenti istituti interni può vedersi nella vicenda che ha interessato il procedimento di descrizione. Previsto dall'art. 128 del Codice della Proprietà industriale introdotto con D.Lgs. 30/2005, la disciplina indicava il ricorso al Presidente del Tribunale il quale con decreto fissava l'udienza, salva la necessità di intervenire inaudita altera parte in caso di specifico pregiudizio inerente l'attuazione: secondo una parte della dottrina (così Scuffi, Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale, Milano, 2009 e Sordelli, Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza, Padova, 1998) attese le finalità meramente istruttorie dello strumento, il provvedimento era insuscettibile di revoca o reclamo e la giurisprudenza maggioritaria riteneva non necessaria l'udienza di conferma del provvedimento concesso inaudita altera parte, vedi ex plurimis Trib. Bologna, 8.2.2007, in Riv. Dir. Ind., 2008, 83, Trib. Firenze, 18.6.2004, in GADI, 2005, 381. Nell'ambito delle decisioni e delle argomentazioni ricordate non viene fatto alcun cenno né alla necessità del contraddittorio né al principio di effettività della tutela, principi fortemente esposti in una ricostruzione quale quella emergente dalla ricostruzione effettuata. Sul punto è intervenuto il legislatore con il D.Lgs. 131/2010 indicando la necessità di una udienza di "conferma, modifica o revoca" del provvedimento di descrizione.

## 7. Principio di effettività.

Per concludere mi pare interessante riportare, in modo sintetico, una vicenda processuale che ha visto questo Tribunale assumere e scegliere una interpretazione nell'ambito di una questione processuale delicata, anche in forza del principio di effettività della tutela. La vicenda riguardava la possibilità di una revisione delle statuizioni assunte dal giudice istruttore

nel corso dei procedimenti di separazione o divorzio, osservando il tribunale come la mera revoca da parte dello stesso istruttore pareva non fornire una tutela idonea. Nella massima, ord. 6.2.2007, est. Paolo Martinelli, si legge “L’interpretazione che negasse l’applicabilità del reclamo camerale nella materia de qua esporrebbe alle censure del Giudice di Strasburgo il nostro Stato laddove non garantisse effettività alla possibilità di ricorrere contro provvedimenti così incisivi su diritti attinenti la sfera familiare (tra i quali quello al mantenimento non sembra di secondaria importanza) in un sistema dove la mera possibilità che tali provvedimenti vengano revocati dal giudice che li ha emessi non soddisfa i criteri di alterità dell’istanza nazionale sanciti dall’art. 13 CEDU”.

#### **8. Conclusione.**

Volendo trarre qualche conclusione al termine di questa breve esposizione, riprendo la domanda posta in apertura afferente la presenza o meno, oggi, di un insieme di principi idonei a costruire un “due process of law” all’interno dei paesi dell’area comunitaria. Deve ritenersi che oggi esistano alcune garanzie minime costituenti l’equo processo, il “due process of law”, come emergenti dalle pronunce della Corte

EDU e dal recepimento nei diversi sistemi nazionali. Tra queste, importanza centrale riveste la durata ragionevole del procedimento, che deve, però, essere giusto e dunque rispettoso del principio del contraddittorio che trova espressione anche come metodo del procedimento, perché la “durata non è un bene assoluto ma funzionale al raggiungimento della verità processuale rispettosa del diritto di ogni parte a dire e contraddire”. Nella finalità ultima dell’equità del processo trova dunque spazio la durata ragionevole che non deve essere, come sopra specificato, intesa semplicemente come “breve”: tali considerazioni paiono importanti in un momento nel quale il sistema ha introdotto strumenti finalizzati ad un contenimento dei tempi, primo fra tutti il procedimento di cui all’art. 702 bis cpc. Il giudice interno deve aver presente, ogni volta che si accinge all’attività interpretativa di una norma interna, il complesso delle garanzie minime emergenti dal sistema comunitario e scegliere la via che ne permette il rispetto.

Lorenza Calcagno

Relazione svolta in data 12 ottobre 2012, al Convegno “Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto”.

---

# Analisi di alcune decisioni della Corte Europea: i riflessi nel diritto interno

---

## L'espropriazione

**Luigi Cocchi**

*Avvocato, Foro di Genova*

**Sommario:** 1. *Disciplina generale del diritto di proprietà. Principi.* - 2. *Applicazione al diritto interno dei principi discendenti dall'art. 1 del Protocollo alla luce della giurisprudenza della Corte Europea.* - 3. *Conclusioni.*

### 1. Disciplina generale del diritto di proprietà. Principi.

1.1 La disciplina della tutela del diritto di proprietà – o meglio, del diritto di ogni soggetto al rispetto dei propri beni – come diritto fondamentale della persona è collocata nel primo Protocollo allegato alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU), firmata a Parigi il 20/2/1952 e ratificata in Italia con la l. n. 648/1955.

La disposizione contiene una pluralità di principi relativi al regime dominicale, che fa assumere rilevanza sovranazionale alla verifica degli strumenti di tutela di tale situazione giuridica, anche al di là delle singole normative nazionali.

L'art. 1 del protocollo contiene tre distinti precetti:

- a) quello (comma 1, parte prima), secondo il quale ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni;
- b) quello (comma 1, parte seconda) secondo cui nessuno può essere privato della sua proprietà, se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale;
- c) quello (secondo comma) per cui le predette disposizioni non pregiudicano il diritto degli Stati di disciplinare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale.

In conformità alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo queste tre disposizioni vanno interpretate secondo un principio di gerarchia nel senso che quelle sub b) e c) devono essere lette alla luce della prevalenza gerarchizzante del principio essenziale contenuto nella prima.

Paradigmatica in tal senso è la pronuncia *Sporrong & Lönroth c. Svezia*, 23/9/1982. La vicenda sottesa alla decisione riguardava i fondi di proprietà dei due ricorrenti, i quali, nell'ambito di significativi lavori inerenti alla riqualificazione dell'area metropolitana di Stoccolma, erano stati gravati di un vincolo sostanzialmente preordinato all'esproprio, e senza alcun indennizzo, per oltre vent'anni. Nel decidere la controversia la Corte prende atto dell'impossibilità di applicare tanto il disposto della seconda frase del comma 1, non trovandosi in presenza di un caso di effettiva espropriazione, sia il comma 2, non potendosi considerare i provvedimenti emanati dalle autorità svedesi come "volti a disciplinare l'uso dei beni" di proprietà dei ricorrenti. Quindi, argomenta la Corte, occorre fare riferimento alla prima frase del comma 1, che fa generico richiamo al rispetto delle proprietà delle persone fisiche e giuridiche e che, pertanto, si atteggia a principio generale. Tale rispetto, precisano i Giudici, sussiste quando lo Stato, al quale è riconosciuto dalla CEDU il potere di limitare il diritto di proprietà dei singoli cittadini al fine di perseguire l'interesse pubblico, opera un attento ed equo bilanciamento tra l'interesse

del singolo e l'interesse pubblico, avendo premura di evitare al singolo proprietario sacrifici sproporzionati. In applicazione di tali principi la Corte, nel decidere la controversia, ha quindi ritenuto che i ricorrenti erano stati costretti a sostenere sacrifici irragionevoli ed evitabili rispetto all'interesse pubblico perseguito, con conseguente violazione dell'art. 1 del Protocollo (cfr. in tal senso anche, *James e altri c. Regno Unito*, 21/2/1986; *Les Saints Monasteres c. Grecia*, 9/12/1994; *Zouboulidis c. Grecia*, 25/6/2009).

Quanto sopra sulla base della c.d. "interpretazione autonoma" delle norme della CEDU e dei discendenti principi, svincolata dalle categorie giuridiche proprie delle legislazioni nazionali e secondo il concetto di "interpretazione utile" in funzione del conseguimento dell'effetto fondamentale di tutela perseguito dal Protocollo.

1.2. Con riferimento alla nozione di "rispetto dei propri beni" va poi precisato che essa, nella giurisprudenza della Corte Europea, non coincide con quella di tutela della proprietà in quanto la tutela apprestata corrisponde sotto il profilo oggettivo non soltanto ai beni attuali, ma comprende anche quelli futuri e di carattere patrimoniale, laddove sussista per l'ordinamento interno il legittimo affidamento del loro conseguimento: in questa categoria sono stati ricompresi, pertanto, anche i diritti di credito (cfr. *Plalam c. Italia*, 8/2/2011; *Maurice c. Francia*, 21/6/2006; *Ambruosi c. Italia*, 19/10/2000; *Beyeler c. Italia*, 5/1/2000), anche al di là delle definizioni proprie dei singoli ordinamenti nazionali (e così ad esempio il diritto di conservazione della clientela, il diritto del lavoratore all'aumento annuale, il diritto al riconoscimento di un credito da prestazione professionale, ecc.).

1.3. Riguardo agli strumenti di tutela derivanti dalla previsione dell'art. 1 del Protocollo, si può ricordare come a partire dal 1999 (e cioè dalla sentenza *Iatridis c. Grecia*, 25/3/1999), la Corte Europea, superando un meno rigoroso orientamento precedente, è pervenuta ad una interpretazione della norma più rigida e più garantista per i titolari delle situazioni giuridiche, fondata sul principio di legalità di cui alla seconda parte del primo comma dell'art. 1.

Ciò nel senso che l'impossessamento dei beni di un privato al di fuori del rispetto delle regole di legalità formale e sostanziale costituiva e costituisce violazione della norma, indipendentemente dalla adeguatezza dell'indennizzo e dalla verifica del bilanciamento tra interesse pubblico e privato.

È, quindi, presente nella successiva giurisprudenza la necessità del rispetto della legalità formale per le possibili forme di interferenza sui beni privati da parte della Autorità (cfr. *Malama, c. Grecia*, 1/6/2001).

In altri termini, è emerso il principio interpretativo secondo il quale qualsivoglia privazione o limitazione del godimento di un bene deve avere una base legale (intesa, come vedremo, in senso formale e sostanziale e cioè nel senso che non soltanto deve sussistere una base normativa, ma deve rinvenirsi

la garanzia di misure di tutela effettiva per il proprietario).

1.4. Sotto altro aspetto la Corte Europea, pur aderendo alla teoria del “margin di apprezzamento statale”, con il riconoscimento di un margine di discrezionalità del legislatore statale nella individuazione della pubblica utilità e/o dell’interesse generale, ha posto a base del suo sindacato un limite della disciplina positiva, che deve essere provvista di una base ragionevole (ancora James ed altri c. Regno Unito, 21/2/1986; Stornauiolo c. Italia, 8/8/2006; Ex re di Grecia c. Grecia, 23/11/2000).

Ciò significa che, ferma tale ampia discrezionalità del legislatore nazionale, la Corte si è così riservata un controllo sulla non manifesta irrazionalità e sulla proporzionalità delle soluzioni offerte rispetto agli interessi confliggenti (cfr Malama, c. Grecia, 1/6/2001 e, più di recente, Schembri c. Malta, 10/11/2009).

In altri termini, la Corte ha elaborato un concetto di pubblica utilità (e anche di interesse generale) non necessariamente coincidente con quello del legislatore nazionale, con la possibilità di un sindacato di non manifesta irrazionalità e/o proporzionalità tra l’interesse pubblico e l’interesse dominicale, secondo un criterio che in seguito ha trovato nel nostro ordinamento eco nelle due sentenze della Corte Costituzionale nn. 311/2009 e 181/2011.

1.5. Quanto al terzo profilo emergente dalla norma ricordata e cioè la riserva del legislatore nazionale sulla disciplina d’uso dei beni, la Corte europea ha affrontato in più occasioni il problema della distinzione tra misure legislative limitative del godimento dei beni e misure sostanzialmente espropriative in quanto privative per il proprietario delle utilità tipiche.

Sul punto occorre ricordare specifici precedenti (cfr. Teruzzi c. Italia, 17/10/2002, Scordino c. Italia, 15/7/2004) in forza dei quali, fermo il principio della discrezionalità del legislatore nazionale in ordine alla disciplina dell’uso dei beni, tuttavia la Corte Europea ha ritenuto che gli effetti di misure nazionali adottate venissero in contrasto (sostanziale) con il precetto fondamentale assicurato dalla prima parte del primo comma dell’art. 1, laddove sostanzialmente dirette a svuotare il diritto di proprietà delle sue coesenziali utilità.

Per tutte può valere la pronuncia Elia s.r.l. c. Italia, 2/8/2001: nel caso di specie i giudici di Strasburgo erano stati chiamati a pronunciarsi circa la legittimità di un vincolo di inedificabilità preordinato all’esproprio imposto su un terreno di proprietà della società ricorrente nel lontano 1969 ed in seguito di volta in volta rinnovato per circa vent’anni. Nel decidere la controversia la Corte ha osservato che l’apposizione di vincoli di inedificabilità finalizzati ad un futuro esproprio non comporta *ex se* una privazione formale del diritto di proprietà del soggetto proprietario; tuttavia una simile situazione può connotarsi come una vera e propria espropriazione di fatto, laddove l’apposizione del vincolo comporti una radicale (e prolungata) diminuzione della disponibilità del bene, malgrado la mancata perdita del diritto di proprietà. Da ciò, conclude la Corte Europea, deriva che la perdurante situazione di incertezza derivante dall’apposizione del vincolo, unita all’assenza di una forma di ristoro patrimoniale, ha determinato in capo al ricorrente un’ingiusta compressione del diritto di godimento dei propri beni, con conseguente contrasto con la normativa sovranazionale di cui all’art. 1 Protocollo CEDU.

1.6. Inoltre, nella giurisprudenza della Corte Europea sull’interpretazione delle norme ricordate emerge un altro filone, che proprio quale corollario dei principi già ricordati, richiede che il ristoro della situazione giuridica del proprietario incisa sia tempestivo, concreto ed effettivo, anche laddove esso debba intervenire per equivalente, con la conseguente necessaria relazione tra l’indennizzo e l’effettivo

valore concreto del bene inciso, sicché l’entità del primo non necessariamente coincide con il valore del secondo, ma almeno deve tendere ad esso ed a tutte le conseguenze concretamente pregiudizievoli (cfr Pisacane c. Italia 27/5/2008.).

1.7. Gli orientamenti complessivi della giurisprudenza della Corte Europea con riguardo alla norma, hanno portato in sintesi all’affermazione dei seguenti principi puntuali:

a) effettività e sostanzialità della tutela della proprietà, intesa come rispetto di un diritto fondamentale della persona al rispetto dei propri beni (cfr. ad esempio Zouboulidis c. Grecia, 25/6/2009; James c. Regno Unito, 21/2/1986);

b) subordinazione di ogni incisione di tale diritto al rispetto del principio di legalità formale e sostanziale, nonché alla sussistenza di motivi di pubblica utilità e/o di interesse generale proporzionali e non irrazionali (cfr. Sparrong & Lonroth c. Svezia, 23/9/1982; Ippoliti c. Italia, 16/11/2006);

c) necessaria corresponsione di congruo indennizzo (cfr. Atanasu c. Romania, 12/10/2010; Pisacane c. Italia, 27/5/2008);

d) possibilità degli Stati di dettare una disciplina generale dell’uso dei beni (di natura conformativa), fermo che tale disciplina deve rispondere a principi di razionalità e proporzionalità e non consentire lo svuotamento in concreto del diritto di proprietà dalle sue utilità coesenziali a tempo indeterminato (cfr. Elia s.r.l. c. Italia, 2/8/2001; Teruzzi c. Italia, 17/10/2002);

e) garanzia di assicurazione della legalità in senso formale e sostanziale, prevedendosi che l’incisione del diritto dominicale possa avvenire, da un lato solo nei casi previsti dalla legge e secondo le forme proprie, ma anche, dall’altro lato, in un quadro di certezze giuridiche temporali e procedurali che consentano l’effettività della tutela ad esempio con riguardo al problema della maturazione della prescrizione (cfr. Belvedere Alberghiera c. Italia, nonché Carbonara e Ventura c. Italia, entrambe del 30/5/2000; Motais de Narbonne c. Francia, 2/7/2002);

f) sindacabilità della non manifesta irrazionalità e della proporzionalità del bilanciamento tra gli interessi pubblici (la possibile utilità e/o il pubblico interesse) e la situazione dominicale oggetto del diritto fondamentale, valutabile non soltanto sul piano formale ma anche su quello sostanziale (Scordino c. Italia, 23/3/2006);

g) adeguatezza del diritto all’indennizzo in caso di prevalenza dell’interesse del pubblico, con la necessità che l’indennizzo previsto sia commisurato al valore effettivo del bene e (tendenzialmente) con lo stesso coincidente e/o comunque da esso non svincolato e sia tempestivo ed effettivo (Scordino c. Italia, 6/3/2007; Guiso–Gallsay c. Italia, 8/12/2005; Lithgow ed altri c. Regno Unito 8/7/1986);

h) previsione di adeguate misure risarcitorie e sanzionatorie anche non patrimoniali, a sanzione di comportamenti posti in essere in violazione del principio fondamentale e delle norme di tutela (cfr. Paudicio c. Italia 24/5/2007; Wasserman c. Russia, 10/4/2008).

## **2. Applicazione al diritto interno dei principi discendenti dall’art. 1 del Protocollo alla luce della giurisprudenza della Corte Europea.**

2.1. I principi derivanti dalla CEDU, nella interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo con riguardo alla norma sopranazionale, che si rinvergono nelle sentenze Belvedere Alberghiera c. Italia, e Carbonara c. Italia, (entrambe del 30/5/2000) e Scordino c. Italia, Pasculli c. Italia e Acciardi c. Italia, tutte del 17/5/2005, e poi Guiso Gallsay c. Italia del 2009 - e cioè, in sintesi, che l’ingerenza sul diritto dominicale può essere conforme all’art. 1 del Protocollo solo se disposta per cause di pubblica utilità, in presenza della legalità formale e sostanziale, se sostenuta da un giusto equilibrio

tra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia del diritto fondamentale - è venuta in Italia ad impattare sulla situazione anomala derivante, da un lato, dai vuoti normativi conseguenti alle plurime sentenze della Corte Costituzionale in ordine alla illegittimità delle norme nazionali sulla misura della indennità espropriativa (cfr. C. Cost. nn. 5/1980 e 223/1983 e in seguito anche nn. 390/2000; 179/1999; 369/1996; 138/1993) e sulla conseguente paralisi di fatto dei procedimenti espropriativi avviati con occupazioni di urgenza e, dall'altro, sull'istituto della c.d. occupazione acquisitiva (diversa dalla occupazione usurpativa), di origine giurisprudenziale, venutasi ad affermare a partire dalla sentenza delle SS. UU. n. 1464/1983, di seguito poi sempre confermata dalla Corte di Cassazione (con una sola singola eccezione del 1989, a Sezione Semplice) a Sezioni Unite (cfr., per tutte, per la sua significatività, SS.UU. n. 11096/2004).

Secondo tale orientamento nazionale, a seguito della occupazione delle aree e della esecuzione dell'opera pubblica per cui fosse stata dichiarata la p.u., nonostante l'illegittimità originaria e/o sopravvenuta dei provvedimenti di occupazione e/o di espropriazione, si verificherebbe una accessione invertita della proprietà dell'area, che verrebbe incorporata nella proprietà dell'opera e trasferita alla P.A., con conversione del diritto dominicale in diritto risarcitorio, soggetto a prescrizione quinquennale a decorrere dal compimento dell'opera e/o dalla sopravvenuta illegittimità dell'occupazione del bene (secondo il meccanismo dell'illecito istantaneo).

L'elaborazione successiva delle Sezioni Unite si è data carico anche di verificare, ed ha preteso di dimostrare, la coerenza di tale conclusione con l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo CEDU, in asserita applicazione dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo nei ricordati casi Belvedere Alberghiera e Carbonara.

In particolare tale orientamento giurisprudenziale ha preteso di trarre argomento dalla differenza tra gli effetti propri della occupazione usurpativa che giustificava (come nel caso di Belvedere Alberghiera) la tutela restitutoria, rispetto a quello sostanzialmente diverso della occupazione acquisitiva (come nel caso Carbonara), nel quale sarebbe stata ritenuta adeguata e legittima la semplice tutela risarcitoria.

In tal senso la Suprema Corte ancora nel 2007-2008 (cfr. SS. UU. n. 26732/2007; Sez. I n. 22407/2008) ha tra l'altro ritenuto che sia l'art. 5bis, comma 7bis, l. n. 359/1992, limitativo della indennità in caso di occupazione acquisitiva, sia la nuova norma introdotta dall'art. 43 d.lgs. n. 327/2007 ai fini della c.d. acquisizione sanante, non si ponessero in contrasto con l'art. 1 del Protocollo e con i principi sottostanti e conseguenti.

**2.2.** Per parte sua la Corte Costituzionale aveva avuto modo di prendere in esame l'istituto della occupazione acquisitiva in più occasioni (cfr. Corte Cost. n. 384/1990, in relazione all'art. 3 l. n. 458/1988; n. 486/1991, sulla medesima norma, con declaratoria di parziale incostituzionalità per la mancata distinzione, ai fini della occupazione acquisitiva, tra il caso della illegittimità e quello della assenza del provvedimento ablatorio; n. 442/1993 sulla differenza di trattamento tra occupazione usurpativa e appropriativa; nonché n. 188/1995; 148/1999; 24/2000), non ponendone in dubbio la legittimità costituzionale e rafforzando il convincimento della sua applicabilità e legittimità anche nel quadro della normativa sovranazionale.

Solo a seguito di alcune ordinanze di remissione della I Sezione della Corte di Cassazione (cfr. Cass. nn. 1887/2006; 12810/2006; 22357/2006), incentrate, peraltro, sempre sulla applicabilità e/o legittimità della misura ridotta nell'indennizzo per la occupazione acquisitiva in una ottica intertemporale, la Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e

349/2007 ha modificato radicalmente il suo orientamento sul problema, ribaltando la precedente impostazione proprio sulla spinta di della rilettura dei principi derivanti dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Con tali decisioni la Corte Costituzionale, pur ritenendo che la questione di conformità della norma interna con la disposizione convenzionale sovranazionale debba essere posta alla stregua di una questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione dei parametri costituzionali insiti negli artt. 111 e 117, comma 1 Cost., (nonostante le dissonanti voci in dottrina) ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma impugnata proprio prendendo a parametro la norma CEDU ed argomentando dalle disposizioni dell'art. 1 del Protocollo secondo cui, come accennato: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». Come si ricorda nella sentenza n. 349/2007, nella giurisprudenza della Corte europea è ormai costante l'affermazione secondo la quale, in virtù della suddetta disposizione, «una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo» (cfr. Scordino c. Italia, 29/3/2006).

Essendosi consolidata l'affermazione della illegittimità di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno stabilita dalla norma nazionale censurata (art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662) secondo il Giudice delle leggi si pone in contrasto, insanabile in via interpretativa, con l'art. 1 del Protocollo addizionale, nell'interpretazione datane dalla Corte europea; e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

È stato pertanto ritenuto che l'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge n. 333 del 1992, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, fosse in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso contrasta con l'art. 117, primo comma, della Costituzione”.

La Corte Costituzionale ha quindi fondato la modifica del proprio orientamento sulla diversa lettura dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo, derivante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla necessaria correlazione tra indennizzo e valore effettivo del bene ed ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma interna limitativa dell'indennizzo.

Quanto sopra, peraltro, ed in ciò sta la vera novità dell'orientamento della Corte, sulla base della rivisitazione della complessiva incidenza dei principi discendenti dalla CEDU e dalla correlativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul quadro normativo e giurisprudenziale interno e sulla base della rilettura di principi fondamentali riconducibili all'art. 1 del Protocollo.

**2.3.** In proposito non può ancora omettersi di segnalare che, da un lato, il Consiglio di Stato (cfr. Ad. Plen. 2/2005, e soprattutto sez. IV n. 2582/2007) si era già decisamente orientato al recepimento dell'interpretazione di principi sovranazionali derivanti dalla CEDU ed affermati dalla giurisprudenza della Corte Europea in materia di occupazione acquisitiva, dando atto dell'incompatibilità dell'istituto e degli effetti che ne discendevano (in particolare in tema di prescrizione), mentre la Corte di Cassazione, pur avendo parzialmente aderito alla soluzione sul tema della prescri-

zione (cfr. SS. UU. nn. 20543/2008 e 12863/2010), ha ancora successivamente mantenuto fermo il suo orientamento sulla applicabilità dell'istituto della occupazione acquisitiva e della natura di illecito istantaneo dell'acquisizione (cfr. Cass., sez. I, nn. 1362/2011 e 7934/2010).

2.4. Va ulteriormente ricordato che detto quadro ha subito ulteriori modificazioni in forza di una serie di elementi quali: a) l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'art. 43 del d.lgs 327/2001 poi dichiarato incostituzionale da parte della Corte Costituzionale con la sentenza n. 293/2010;

b) la risoluzione del Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri UE del 14/2/2007 (987.ma riunione);

c) la sentenza della Corte della Corte Costituzionale n. 293/2010, recante la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 DPR n. 327/2001;

d) la giurisprudenza successiva della Corte europea, con specifico riferimento alla sentenza Guido Gallisay c. Italia, 22/12/2009;

e) l'introduzione della norma sostitutiva prevista dall'art. 42bis D.P.R. n. 327/2001, in forza dell'art. 34 d.l. n. 98/2011;

2.4.1. Con riguardo a quanto sub a) va ricordato come nel nostro ordinamento la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sez. IV, nn. 4239/2003, 4077/2002, 2936/2000) aveva ammesso, nel caso di annullamento degli atti del procedimento espropriativo, la possibilità e legittimità della espropriazione c.d. "in sanatoria", cioè mediante la compiuta reiterazione di tutti gli atti procedurali ritenuti illegittimi, sostenuta da motivazione rinforzata in ordine alla pubblica utilità dell'opera e dalla indeclinabilità per l'interesse pubblico della sua realizzazione e permanenza (di tale istituto giurisprudenziale non si è mai in realtà sospettata la non conformità ai principi dell'art. 1 del Protocollo, sul piano del rispetto della legalità formale e sostanziale, quale mezzo di purgazione di vizi formali ancorato, peraltro, a tempi e atti predefiniti e, quindi, in un ambito di certezza giuridica per il proprietario). Diverso dall'espropriazione "in sanatoria" è risultato, per contro, l'istituto della c.d. "acquisizione sanante" introdotto dalla TU sulle espropriazioni con l'art. 43 DPR n. 327/2001. Secondo detta norma, che già si fondava sul superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e sul diritto del proprietario inciso alla piena reintegrazione patrimoniale, l'amministrazione che aveva illegittimamente acquisito l'area poteva acquisirne *ex post* la proprietà mediante un atto ricognitivo della sua utilità (ovvero mediante proposizione di apposita domanda al Giudice Amministrativo adito per la restituzione), con la conseguente conversione del diritto alla restituzione in diritto al risarcimento del danno e cioè mediante un diritto risarcitorio sostitutivo.

Tale norma ha consentito allo Stato Italiano di poter sostenere nelle competenti sedi internazionali l'intervenuto avvio di una modifica sistemica del quadro normativo e giurisprudenziale interno in materia; tentativo recepito e sottolineato dalla motivazione del Consiglio di Europa, Comitato dei Ministri del 14/2/2007, a superamento della situazione di illegittimità propria.

La norma, così come originariamente formulata, pur avendo trovato generale applicazione e conferma in ordine alla sua conformità alle norme CEDU da parte del Giudice Amministrativo (cfr. C.d.S. Ad. Plen. 2/2005, sez. IV nn. 303/2008 e 2582/2007), è stata oggetto di critiche e di sospetti di non conformità alla norma del Protocollo aggiuntivo sotto svariati profili e specificamente sotto quello della reiterazione degli effetti del mancato rispetto della legittimità formale e sostanziale e della permanenza di situazioni di incertezza giuridica nei confronti del proprietario inciso, oltre che sotto quello della non complessiva remuneratività dell'indennizzo previsto.

2.4.2. Come noto, pur dopo l'avallo della giurisprudenza del Consiglio di Stato nonché della risoluzione del Consiglio di

Europa, Comitato dei Ministri del 14/2/2007, la norma, è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza della Corte Costituzionale 239/2010, per violazione dell'art. 76 Cost., sul presupposto che essa, per la sua innovatività rispetto alla legislazione precedente eccedesse i limiti della delega legislativa a monte, finalizzata al solo riordino della normativa propria ai fini della sistemazione in un T.U.

Ma la sentenza della Corte Costituzionale si segnala altresì perché al di là della questione di legittimità costituzionale sottopostale, con *obiter dicta* non irrilevanti segnala i sospetti di ulteriori profili di illegittimità costituzionale della norma sulla acquisizione sanante proprio per la sua non conformità all'art. 1 del Protocollo aggiunto CEDU, con particolare riguardo ai principi di legalità formale e sostanziale, di certezza giuridica per il proprietario e di remuneratività delle misure alternative alla restituzione previste, suscettibili di non rispondere sia sul piano dei principi che sotto quello degli effetti agli orientamenti della Corte europea sopra ricordati ed a quelli più di recente dalla stessa affermati (cfr. Guiso Gallisay c. Italia, di cui ci si appresta a trattare).

2.4.3. Va ancora ricordata la ulteriore evoluzione della giurisprudenza della Corte Europea sulla occupazione acquisitiva, sulla acquisizione sanante e sulla necessaria conseguenza.

Sul punto il caso di maggiore riferimento appare la sentenza Guiso Gallisay del 22/12/2009.

In tale sentenza la Corte ha preso atto dell'evoluzione giurisprudenziale italiana che aveva condotto all'elaborazione del principio dell'occupazione acquisitiva, senza però cogliervi quei requisiti capaci di giustificare il rispetto del principio di legalità ed anzi, esaminando la giurisprudenza di legittimità e la successiva introduzione dell'art. 43 D.P.R. n. 327/2001, vi ha intravisto elementi di criticità laddove tale norma consentiva l'acquisizione al patrimonio dell'espropriante in assenza della dichiarazione di p.u. e per effetto di una decisione del giudice che poteva impedire la restituzione del terreno favore del proprietario.

Secondo la Corte Europea la possibilità conferita al giudice nazionale di non disporre la restituzione del bene trasformato, anche in assenza di dichiarazione di p.u., poteva dare luogo a risultati imprevedibili ed arbitrari.

Inoltre non è parso ammissibile che il proprietario perdesse la proprietà istantaneamente e dovesse, però, attendere la decisione del giudice che constatasse l'illegalità perpetrata per effetto dell'irreversibile trasformazione.

Né si è ritenuto tollerabile che l'interessato, rimasto formalmente proprietario, dovesse farsi parte diligente per ottenere dal giudice una decisione attestante l'illegalità prodotta per consentire la realizzazione di interesse pubblico, che al tempo stesso costituisce condizione necessaria perché venga dichiarata retroattivamente la privazione della proprietà.

Da qui la conclusione che il meccanismo dell'espropriazione indiretta (anche dopo l'art. 43) non fosse idoneo ad assicurare un sufficiente grado di certezza giuridica.

Il proprietario non veniva messo in condizione di disporre di alcun indennizzo prima della trasformazione del bene alla quale veniva attribuita la forza di estinguere l'originario diritto dominicale e, anzi, egli subiva il rischio di un termine di prescrizione — quinquennale — estremamente rigoroso, decorrente dall'irreversibile trasformazione che era solo il giudice a determinare attraverso la decisione sollecitata, ancora una volta, non dall'autore dell'illecito, ma dallo stesso proprietario con le conseguenze nefaste per quest'ultimo, vanificando *in toto* le legittime aspettative di riparazione e consentendo, per contro, all'amministrazione di avvantaggiarsi di un'occupazione arbitraria senza mettere a disposizione del proprietario alcuna indennità.

Anche la sostanziale equiparazione fra indennizzo e risarcimento, che la legge n. 662/1996 aveva prodotto, veniva stig-

matizzata dal Giudice europeo, osservandosi che il dieci per cento in più che il proprietario poteva ottenere nei casi di occupazione acquisitiva ex art. 5 bis comma 7 bis l. n. 359/1992 non era in grado né di favorire i principi di buona amministrazione né di scongiurare il ricorso a tale forme di illegalità. In definitiva, poteva accadere (e nel concreto caso controverso, in effetti, accadeva) che l'amministrazione si appropriasse di un bene senza che fosse stata messa a disposizione degli interessati l'indennità relativa al valore del bene che, anzi, in forza di una disposizione normativa avente efficacia retroattiva, non si riconosceva in forma integrale. Il che rendeva la vicenda accaduta palesemente contraria al principio di legalità.

**2.4.4.** Il nostro legislatore ha tentato di porre rimedio alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 con la introduzione dell'art. 42bis nel DPR n. 327/2001, attraverso l'art. 34 d.l. n. 98/2011.

Con tale norma il legislatore non solo ha posto rimedio ai profili di eccesso di delega rilevanti dalla Corte Costituzionale, ma, cogliendo le perplessità da questa manifestate e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sopranazionale, vi ha apportato correttivi non irrilevanti quali:

- la previsione della non retroattività degli effetti della acquisizione sanante;
- la motivazione rinforzata, sindacabile in via giudiziale, dell'indeclinabilità della non restituzione del bene in funzione della pubblica utilità;
- la espunzione del diritto della P.A., convenuta davanti al Giudice Amministrativo per la restituzione, di chiedere la ritenzione della proprietà del bene con conversione del diritto azionato in diritto al risarcimento;
- la modifica dei parametri risarcitori, nel senso della loro maggiore remuneratività, identificata con il valore effettivo del bene e la attribuzione di un risarcimento ulteriore di natura non patrimoniale.

L'art. 42bis DPR 327/2001, nella sua attuale formulazione, potrebbe apparire - ed è ad alcuni apparso - come un punto di arrivo dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di espropriazione e di fattispecie patologiche del fenomeno. Sennonché, la definitività di tale punto di approdo non è scontata.

Infatti, sia in dottrina sia in giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 4659/2011; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, n. 1536/2011; TAR Puglia, Lecce sez. I, n. 1936/2011) si sono elevate alcune critiche ed alcuni sospetti di permanente non conformità della norma interna con i principi sopranazionali.

Ciò soprattutto perché l'acquisizione sanante ivi disciplinata non risolverebbe compiutamente il problema della legalità formale (*ex ante*) della privazione del bene in danno alla persona e lascierebbe impregiudicati (e, quindi, non tutelati) i profili della effettività, tempestività e certezza giuridica dei rimedi a presidio del diritto fondamentale tutelato dalla CEDU.

### **3. Conclusioni.**

La norma contenuta nell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo CEDU, che disciplina il diritto di ciascun individuo al rispetto dei propri beni (intesi in senso lato), costituisce il fondamento sopranazionale della tutela del diritto di proprietà suscettibile di imporsi negli Stati e nei loro ordinamenti.

I precetti in essa contenuti, così come interpretati nei loro principi, nei loro meccanismi e nei loro effetti, mediante la valorizzazione del principio di legalità formale e sostanziale, il sindacato delle finalità delle norme nazionali, la verifica della razionalità e proporzionalità delle misure, la necessità dell'adeguatezza e tempestività dell'indennizzo in caso di prevalenza della pubblica utilità e/o di interesse generale, costituiscono un corpus di effettiva tutela di tale diritto fondamentale dell'individuo, suscettibile di sovrapporsi e di imporsi sulle legislazioni nazionali, sia pure mediante i meccanismi di adattamento previsti da ciascuno Stato.

Nel caso dell'Italia tale norma, i relativi principi e la puntuale e ferma giurisprudenza della Corte Europea, hanno consentito il superamento di un quadro normativo e giurisprudenziale gravemente penalizzante per il diritto al rispetto dei propri beni, connotato in particolare dalle vicende delle norme sulla misura degli indirizzi e soprattutto dalla anomalia derivante dalla creazione giurisprudenziale della occupazione acquisitiva, che oggi si è tentato di superare mediante la nuova formulazione della acquisizione sanante, senza, peraltro, la certezza che questo punto di approdo del quadro normativo e giurisprudenziale sia certamente conforme ai principi della CEDU.

---

# Diritto alla salute e autodeterminazione

---

**Gilda Ferrando**

*Professore ordinario, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova*

**Sommario:** 1. *I Principi.* - 2. *Diritto alla salute e consenso informato nella Costituzione e nelle leggi interne.* - 3. *L'elaborazione dei principi da parte della Corte di Strasburgo.* - 4. *Diritto alla salute e autodeterminazione nella procreazione assistita. La tutela dell'embrione.* - 5. *La fecondazione eterologa.* - 5. *La fine della vita.*

## 1. I Principi.

Nella Carta di Nizza, così come nella nostra Costituzione, il diritto alla salute viene in considerazione non solo come diritto di poter usufruire di un elevato livello di prestazioni sanitarie (art. 35 Carta di Nizza, art. 1 Convenzione Oviedo), ma ancor prima come diritto di autodeterminazione che si esercita mediante il consenso<sup>1</sup>. “Nell’ambito della biologia e della medicina” – afferma la Carta – deve essere rispettato “il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge” (art. 3). E non a caso questa previsione è inscritta nel capo primo che tutela la dignità come diritto inviolabile della persona.

Questo perché la tutela della dignità, il rispetto della persona umana, è il dato che segna nel secondo dopoguerra l’affermarsi del principio di autodeterminazione nel campo della salute, nelle decisioni relative al corpo. A partire da Norimberga, attraverso la Dichiarazione di Helsinki del 1964<sup>2</sup> e poi via via negli altri documenti internazionali e sovranazionali<sup>3</sup>. Si assiste ad un processo di globalizzazione delle regole, di internazionalizzazione dei diritti che in tempi recenti ha subito una forte accelerazione per via delle note vicende discusse nella sessione di questa mattina.

La produzione di regole da parte dei singoli Stati sempre più si colloca all’interno di un flusso che ha una dimensione globale. Se ne ha riscontro proprio a proposito di consenso informato e direttive anticipate dove il dibattito dottrinale e le stesse motivazioni delle sentenze<sup>4</sup> si sviluppano fin dall’inizio nel costante riferimento all’esperienza ed alla principale casistica statunitense<sup>5</sup> e del Regno Unito<sup>6</sup>.

Il quadro dei principi attinge – in seguito ai ripetuti interventi delle supreme magistrature ed al dialogo instaurato tra queste e le Corti europee<sup>7</sup> – ad una dimensione sovranazionale definita nelle diverse sedi del Consiglio d’Europa, dell’Onu, dell’Unione europea.

## 2. Diritto alla salute e consenso informato nella Costituzione e nelle leggi interne.

La Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell’Unione europea, dicevamo, indica nel consenso uno dei principi fondamentali della bioetica e del biodiritto (art. 3).

Nella nostra Costituzione, invece, manca un espresso riferimento al consenso del paziente come condizione che giustifica il trattamento medico. Il principio è tuttavia chiaramente desumibile dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

La nostra Corte costituzionale<sup>8</sup> ha ricondotto il consenso alla

varietà delle matrici di cui costituisce la sintesi: l’autodeterminazione e la salute<sup>9</sup>. “La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione – ha di recente osservato – pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello dell’autodeterminazione e quello della salute”.

L’art. 32 Cost. tutela la salute come “fondamentale diritto dell’individuo” oltre che come “interesse della collettività”. Ed aggiunge che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Lo stesso legislatore, per quanto autorizzato a disporre trattamenti coattivi, incontra un limite invalicabile: “in nessun caso” può superare quelli “imposti dal rispetto della persona umana”. Il principio di autodeterminazione del paziente è espressione del più generale principio di libertà personale (art. 13 Cost.) che, storicamente affermatosi sul terreno della difesa del singolo dall’arbitrio dei pubblici poteri, ha attualmente un più ampio ambito di applicazione. La libertà della persona implica un generale potere di autodeterminazione in relazione alle proprie vicende esistenziali, alle proprie scelte personali. L’invulnerabilità fisica, che costituisce il nucleo essenziale della libertà personale, è garantita nei confronti ogni atto che, per qualsiasi ragione, anche non terapeutica, ne comporti una lesione<sup>10</sup>. Il principio del consenso riguarda così ogni trattamento sanitario, anche non terapeutico<sup>11</sup>. Il trattamento coattivo è ammissibile solo se sussiste una previsione di legge<sup>12</sup>; mai per la tutela della salute individuale, ma solo a tutela di un interesse pubblico<sup>13</sup>.

Il fatto, dunque, che la Corte abbia individuato come matrici del consenso informato non solo il diritto alla salute, ma anche il diritto di autodeterminazione amplia l’ambito applicativo del principio che abbraccia non soltanto le decisioni relative alla salute, ma più in generale tutte quelle relative al corpo, anche con finalità diversa da quella terapeutica.

Gli artt. 13 e 32 stabiliscono un limite invalicabile al potere pubblico. Si avverte tutta la preoccupazione di porre il corpo al riparo da interferenze esterne. La matrice del principio, si è fatto notare<sup>14</sup>, risale al 1215, alla Magna Charta ed al suo *habeas corpus*, garanzia, per ogni “uomo libero” che nessuno avrebbe potuto “mettere la mano su di lui”, se non “in virtù di un giudizio legale dei suoi pari secondo la legge del paese”. Sette secoli dopo, la nostra Costituzione rinnova quel patto. Solo il legislatore può imporre trattamenti sanitari obbligatori e solo quando siano necessari per perseguire un interesse di ordine generale.

Diversamente da quel che accade altrove (ad esempio, in Francia), in Italia manca poi una legge che disciplini in termini generali i diritti della persona in ambito sanitario ed il consenso informato. Ciò non significa assenza di regole e principi. Vi è una legislazione speciale assai vasta, anche se non sempre ben coordinata. Vi sono i principi costituzionali e sovranazionali. Il legislatore, quando interviene a disciplinare materie come

la nascita e la morte non opera in uno spazio, per così dire, vuoto di diritto, in una sorta di terra di nessuno, ma si inserisce in un tessuto di principi preesistenti, spesso di rango superiore, con i quali deve coordinarsi. Se non ne tiene conto si espone, come è accaduto per la procreazione medicalmente assistita, al rischio di censura da parte della Corte costituzionale.

In assenza di regole legislative, l'intervento del giudice si rende necessario come strumento di decisione del caso concreto in applicazione dei principi dell'ordinamento, come prescrive l'art. 12 delle preleggi. La Corte costituzionale e la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, hanno chiarito molto bene le differenze tra attività giurisdizionale ed attività legislativa. La Corte costituzionale ha escluso che l'esercizio della giurisdizione possa ledere le prerogative del legislatore essendo diversa la natura delle attività esercitate dai giudici e dal Parlamento e gli effetti e la portata dei precetti da essi rispettivamente posti<sup>15</sup>.

Da questo punto di vista è molto interessante la motivazione con cui i giudici di Strasburgo hanno escluso la legittimazione ad agire delle persone fisiche (tutori di persone in stato vegetativo permanente) e delle associazioni che avevano proposto ricorso contro le decisioni della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano nel caso Englaro: proprio perché il criterio adottato dai giudici italiani è altamente soggettivo, riferito alle convinzioni ed alla volontà presunta di una specifica persona, ai ricorrenti non può essere riconosciuto il ruolo di vittime neppure potenziali. Tale criterio infatti, esclude, per definizione, che una decisione di sospensione dei trattamenti possa essere adottata per una persona in SVP che non abbia avuto le idee, il vissuto e la storia del tipo di quella di Eluana Englaro. I giudici europei escludono che gli effetti delle decisioni sul caso Englaro possano essere lesivi dei diritti di cui alla CEDU perché il criterio adottato non è uniforme per tutti ed è, anzi, calibrato sulla soggettività dei diretti interessati, anche quella dei ricorrenti<sup>16</sup>.

### **3. L'elaborazione dei principi da parte della Corte di Strasburgo.**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha inteso il principio di autodeterminazione come aspetto eminente del rispetto della vita privata, della dignità e della libertà individuale riguardo ai quali la discrezionalità degli Stati, il margine di apprezzamento loro riservato dal 2° comma dell'art. 8, è inevitabilmente contenuto in limiti ristretti<sup>17</sup>.

Nel Caso *Pretty v. UK*, del 2002<sup>18</sup> si osserva che, anche se "il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre a un esito fatale,... l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se è un adulto e sano di mente costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8, par. 1, della Convenzione" (par. 63).

Nel caso *Rossi e altri c. Italia*<sup>19</sup> vengono richiamati gli artt. 2, 3 della Convenzione, vale a dire il diritto alla vita ed il divieto della tortura e di trattamenti disumani. "La Corte rammenta, innanzitutto, che gli articoli 2 e 3 della Convenzione tutelano alcuni aspetti dell'integrità fisica e sono fonte di obblighi positivi per le Parti Contraenti. L'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se adulto e sano di spirito o di colui che ne è tutore se incapace giuridicamente è ricondotta ad un'offesa all'integrità fisica dell'interessato che può compromettere in particolare i diritti protetti dalle disposizioni invocate dai ricorrenti".

Il principio è ribadito tra l'altro nel caso *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010<sup>20</sup> - con riguardo al rifiuto dei testimoni di Geova di sottoporsi a trasfusioni di sangue -. "La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico, o di scegliere una forma alternativa di

trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi a un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione".

Ciò non significa negare rilevanza ad altri diritti o interessi contrapposti, ma significa, come ripetutamente ha notato la Corte, contenere in spazi molto ristretti alla discrezionalità degli Stati nel fare questo bilanciamento.

La salute, poi, non può essere intesa in termini meramente oggettivi<sup>21</sup>. Si assiste ad un passaggio dell'idea di salute come standard (l'uomo sano) al vissuto. Non c'è più (soltanto) un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tener conto dell'esperienza individuale, dell'universo di valori culturali, religiosi, familiari, con i quali la salute deve armonizzarsi<sup>22</sup>.

La Corte Europea (sempre nel caso *Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia*, 2010<sup>23</sup>) ha messo bene in luce questo profilo quando ha affermato che "perché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri".

Al legislatore è indicata la strada del rispetto delle scelte individuali. In una prospettiva laica e pluralista le regole debbono tener conto dei diversi punti di vista, delle diverse concezioni della vita, della famiglia, della procreazione.

Questi principi hanno trovato importanti applicazioni tanto nelle questioni relative all'inizio, tanto in quelle relative alla fine della vita umana.

### **4. Diritto alla salute e autodeterminazione nella procreazione assistita. La tutela dell'embrione.**

Per la Corte EDU il diritto alla procreazione rientra a pieno titolo nel rispetto della vita privata e familiare, ed anche nel diritto di fondare una famiglia, da intendersi come diritto ad avere dei figli come bene illustrano i casi *Evans*<sup>24</sup>, e *Dickson*<sup>25</sup>. Nel primo caso, due coniugi separati erano in disaccordo sull'impianto di embrioni congelati, che la moglie chiedeva ed al quale il marito si opponeva. Il bilanciamento tra tutela dell'embrione ed autodeterminazione (dell'uno e dell'altro coniuge) porta ad escludere che il rifiuto di impianto possa integrare una violazione dell'art.8.

Con sentenza n. 151/2008 la nostra Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, l. 40/2004, nella parte in cui prescrive che non possano essere fecondati più di tre embrioni, che debbano essere reimpiantati tutti, vieta la crioconservazione. La Corte focalizza la propria attenzione sul diritto alla salute riproduttiva ed afferma la necessità di un corretto bilanciamento tra tutela dell'embrione e diritti della donna. A sentire la Corte, la tutela che la legge n. 40 assicura all'embrione non è "assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione." Questo giustifica "un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge".

Per quanto riguarda le diagnosi preimpianto, la Corte di Strasburgo, nel recente caso *Costa e Pavan c. Italia*<sup>26</sup>, ha ritenuto che la decisione di essere genitori, di generare un bambino che non sia affetto dalla malattia di cui essi sono portatori, rientra a pieno titolo nella tutela della vita privata e familiare. In relazione a tale diritto appare alla Corte irrazionale, e lesivo del rispetto della vita privata e familiare (art. 8), il meccanismo per cui in Italia le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche possono accedere alle diagnosi prenatali e, nel caso in cui risulti che il feto è a sua volta ammalato, all'interruzione volontaria della gravidanza (l. 194/1978). Ma non possono, invece, effettuare la fecon-

dazione in vitro e le diagnosi preimpianto – dato che la legge 40 consente l'accesso alle tecniche solo alle coppie sterili o infertili – in modo da poter evitare l'impianto di embrioni ammalati. Manca la proporzionalità tra il divieto di diagnosi preimpianto e la tutela dei diritti della coppia proprio alla luce della legislazione interna sulla interruzione della gravidanza. La Corte distingue, con un passaggio degno di nota, tra concepito (*enfant à naître*, *unborn child*) ed embrione, cosicché appare ancor più irrazionale la più ampia tutela riservata al secondo rispetto al primo.

### 5. La fecondazione eterologa.

È molto importante focalizzare l'attenzione sul rispetto della libertà di scelta nell'affrontare il tema della donazione di gameti, perché la salute riproduttiva è proprio una questione di identità, di "desiderio". Autodeterminazione, rispetto della persona, dei suoi diritti fondamentali costituiscono lo snodo cruciale del discorso sulla procreazione assistita che non può eludere il tema del consenso.

È proprio su questo punto che la Corte Europea dei Diritti dell'uomo offre un contributo importante in quanto include la fecondazione con l'apporto di un donatore o di una donatrice nell'ambito di tutela dell'art. 8. Su questo punto la sentenza della Grande Camera<sup>27</sup> concorda con quella di primo grado<sup>28</sup>. La ragione principale per cui la G.C. esclude che la legge austriaca che vieta la donazione di gameti per la fecondazione in vitro contrasti con la conversione, consiste nell'esigenza di contestualizzare la decisione in relazione al tempo in cui i fatti si sono verificati. La sentenza della Corte costituzionale Austriaca all'origine del ricorso a Strasburgo era infatti del 1999, un'epoca in cui gli Stati contraenti erano ancora lontani dal raggiungere un approccio comune a questi problemi e dunque il margine di apprezzamento degli Stati andava considerato in termini ampi. La Corte non manca tuttavia di evidenziare le trasformazioni che da allora si sono verificate per quanto riguarda sia i progressi scientifici, sia lo stato della legislazione europea, cosicché – se ne può forse arguire, tenendo conto proprio del carattere dinamico della giurisprudenza della Corte – non è detto che, dovendo decidere in un caso attuale, limitazioni analoghe a quelle previste dalla legge austriaca verrebbero ancora grate<sup>29</sup>.

In seguito alla sentenza della G.C., la nostra Corte con l'ordinanza n. 150/2012 ha restituito al giudice di merito la questione per un riesame alla luce della decisione della GC, quasi che si trattasse di *jus superveniens*. Non mi trattengo su profili della sentenza di cui si è già parlato questa mattina. Penso comunque che nella nostra Costituzione troviamo gli stessi principi di rispetto delle scelte individuali nel campo della vita privata, della famiglia, della procreazione, che la Corte europea desume dall'art. 8 CEDU.

A ben vedere il punto non è soltanto quello di adeguare la disciplina interna ai principi internazionali<sup>30</sup>. Gli stessi principi di rispetto dell'autonomia nella vita privata e familiare, di tutela della libertà di determinarsi nelle scelte relative alla famiglia ed alla procreazione (artt. 2, 29 Cost., 30 Cost.), di eguaglianza e non discriminazione (art. 3), di tutela della salute riproduttiva (art. 32 Cost.) sono infatti presenti nella nostra Costituzione alla quale dunque si può direttamente far capo per compiere il necessario bilanciamento tra questi e gli altri diritti costituzionalmente rilevanti, primo fra tutti quelli del bambino alla famiglia ed all'identità.

### 5. La fine della vita.

L'autonomia della persona di scegliere la propria fine trova ampio riconoscimento nella giurisprudenza di Strasburgo, a partire dal caso *Pretty*<sup>31</sup>, per giungere al più recente caso *Haas c. Svizzera*, 3.6.2011, per il quale è in corso il ricorso alla GC.<sup>32</sup>, ma nel quale il diritto individuale è inteso in

senso ampio come "diritto di decidere in quale modo ed in quale momento la sua vita debba terminare". Si tratta di un diritto di libertà che non include obbligazioni positive da parte dello Stato: non quella di garantire l'impunità alla persona che aiuta il malato nel compiere il suicidio (*Pretty*), non quella di consentire l'accesso ad una data sostanza velenosa (nella specie il pentobarbital sodico) anche in assenza di ricetta medica (*Haas*).

La persona adulta, cosciente, responsabile delle proprie azioni, pienamente informata delle conseguenze delle proprie scelte ha dunque, il diritto non solo di consentire al trattamento medico, ma anche di rifiutarlo, sebbene sia necessario per la sua sopravvivenza. Sul fatto che debba essere rispettato il rifiuto di terapie proveniente dal soggetto capace e *compos sui* non pare esservi più alcun dubbio<sup>33</sup>: ne danno conferma i recenti orientamenti delle Supreme magistrature<sup>34</sup>. Le scelte di vita, anche quelle di fine vita, sono espressione della libertà individuale, attengono al rispetto della vita privata, come ha fatto notare la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

La situazione di urgenza giustifica l'intervento del medico su di un paziente incosciente, ma non autorizza il medico ad intervenire nonostante il rifiuto espresso in modo attuale e consapevole<sup>35</sup>.

L'idea che le cure non debbano essere "sproporzionate" rispetto ai risultati possibili, che la constatazione della loro "inutilità" – nel senso che da esse "non ci si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato o un miglioramento della qualità della vita" – è alla base della controversa nozione di "accanimento terapeutico". La regola deontologica (art. 14) stabilisce che in presenza di paziente incapace, il medico deve desistere dalla terapia, limitandosi ad assistere il malato, ad alleviare la sua sofferenza, ad accompagnarlo nel processo del morire.

Il divieto di accanimento terapeutico, non vale, invece a limitare la libertà del paziente cosciente: questi può rifiutare qualsiasi tipo di trattamento, anche se appropriato, non straordinario o sproporzionato. L'informazione può valere a superare incertezze o resistenze. Il medico può convincere, ma non può vincere il dissenso che, nonostante la sua opera di persuasione, persista.

Il diritto della persona di non essere costretta a trattamenti non voluti è un diritto costituzionale irrinunciabile. Negarlo, come fa nell'ultima versione il progetto di legge approvato da un ramo del Parlamento<sup>36</sup>, significa andare incontro a sicura censura da parte della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo.

"Il consenso informato" – osserva la nostra Corte di Cassazione. – "ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale". Da parte del medico c'è "il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico e attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico"<sup>37</sup>. In forza di questo "generale principio (di indubbia rilevanza costituzionale)... va riconosciuto al paziente un vero e proprio diritto di non curarsi, anche se tale condotta lo esponga al rischio stesso della vita"<sup>38</sup>.

Non esiste un interesse pubblico, aggiungono le sezioni unite, che possa levarsi a limitare il diritto individuale di scegliere la propria salute<sup>39</sup>. Quando non vi sia un pericolo per la salute pubblica, che giustifichi la richiesta di trattamenti obbligatori, il diritto alla salute non si contrappone all'autodeterminazione, ma fa tutt'uno con essa e la salute esprime la personalità individuale, il soggettivo modo di intendere lo *star bene*<sup>40</sup>. Non c'è un limite di tolleranza del dolore uguale per tutti: ciascuno è unico, con una propria visione della

vita, del suo significato. Anche per questo non può essere imposto il trattamento medico.

Quando il paziente è incosciente si pone un problema ulteriore perché lo stato di incapacità non può privare la persona dei suoi diritti fondamentali<sup>41</sup>. I principi espressi dalla Suprema Corte europea ed italiane mi pare possano contribuire ad impostare questi problemi ulteriori: quello del consenso espresso per l'incapace, quello della rilevanza delle direttive anticipate, quello della interruzione, da parte del medico, di trattamenti precedentemente intrapresi. Tutte questioni che sia pur con le proprie specificità, si collocano nell'alveo dei principi costituzionali secondo l'interpretazione data dalle supreme magistrature.

<sup>1</sup> Su diritto alla salute e consenso informato cfr. R. ROMBOLI, *Personae fisiche*, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, sub art. 5, 248 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 780 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 35 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 37. Nella letteratura più recente, cfr. F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano, 2008; CRICENTI G., *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008; R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009; L. D'AVACK, *Verso un antidestino: Biotecnologie e scelte di vita*, 2° ed., Torino, 2009; P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2009; U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico, Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006; G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure. Profili civilistici*, in CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ, ZATTI, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2011, 1867 ss.; V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, ivi, p. 579 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011.

<sup>2</sup> Dichiarazione adottata ad Helsinki dall'Associazione Medica Mondiale (WMA) nel 1964 ed in seguito sottoposta a ripetute revisioni, fino all'ultima del 2008.

<sup>3</sup> Si segnalano in primo luogo la Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina (Oviedo, 1997), la Dichiarazione UNESCO sul genoma umano (1997) e la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani (UNESCO 2005), nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000).

<sup>4</sup> In particolare, v. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (Englaro), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, e *ivi*, II, p.1 il commento di A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la cassazione e lo stato vegetativo*, in *Fam. dir.*, 2008, 93, con nota di M.C. VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di cassazione sul caso E.E.*; e in *Fam. dir.*, 2008, 129 con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in una importante pronuncia della Suprema corte.*

<sup>5</sup> Nel caso Quinlan, degli anni '70, Corte suprema del New Jersey riconobbe legittima la facoltà dei genitori di una giovane donna in stato vegetativo in seguito ad un incidente di far cessare l'impiego dei mezzi straordinari destinati ad un artificiale prolungamento della vita di persone affette da gravissime infermità, considerandolo come aspetto del diritto costituzionalmente garantito alla privacy, da intendersi in tal caso come autonomia nelle scelte personali. A livello federale, la Suprema Corte, nel caso di Nancy Cruzan ( 25 giugno 1990) ha affermato un principio analogo: Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, 25 giugno 1990, *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, in *Foro it.*, 1991, IV, 66, con note di SANTOSUOSSO, *Il paziente non cosciente e le decisioni sulle cure: il criterio della volontà dopo il caso Cruzan*, e di PONZANELLI, *Nancy Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, ove ulteriori rife-

rimenti all'esperienza americana.

<sup>6</sup> *Airdale NHS Trust v. Bland* (1993) AC 789 (1993). La House of Lords aveva autorizzato l'interruzione della ventilazione, alimentazione e idratazione forzata di Antony Bland che si trovava in stato vegetativo permanente in seguito alle lesioni riportate nel disastro avvenuto allo stadio del Liverpool. I medici avevano escluso che il giovane si potesse riprendere, ma l'interessato non aveva lasciato alcuna indicazione dalla quale si potesse desumere una sua opinione in merito. La traduzione in italiano delle motivazioni è pubblicata in *Bioetica*, 1997, 302 ss.

<sup>7</sup> In primo luogo v. le note sentenze della Corte costituzionale del 2007 ( nn. 348, 349) e della Corte di cassazione, a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>8</sup> Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438; ripresa da Corte cost. 27 luglio 2009, n. 253.

<sup>9</sup> Per un commento, v. S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 3 ss.

<sup>10</sup> È per questa ragione che anche il prelievo ematico compiuto per ragioni di giustizia non può avvenire in assenza del consenso se non con stringenti garanzie (Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, in *Fam. dir.*, 1996, p. 419), o che il prelievo di sangue necessario nell'ambito di indagini genetiche sulla paternità non può essere compiuto se manca il consenso dell'interessato (ad esempio, Cass. 24 febbraio 1997, n. 1661, in *Fam. dir.*, 1997, 105).

<sup>11</sup> Per un'applicazione nell'ambito del procedimento per la dichiarazione giudiziale di paternità, cfr. Cass. 24 febbraio 1997, n. 1661, cit.

<sup>12</sup> Corte Cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, c. 14; Corte cost. 9 luglio 1996, n. 238, cit.

<sup>13</sup> Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2694; Corte cost. 2 giugno 1994, n. 218, in *Foro it.*, 1995, I, c. 46; Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1451; Corte cost. 18 aprile 1996, n. 118, *ivi*, 1996, I, c. 2326; Corte cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Danno e resp.*, 1998, p. 429.

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, p. 85.

<sup>15</sup> Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 334, che respinge il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato e Corte EDU, Rossi e altri c. Italia, 16 dicembre 2008, sentenza di non ricevibilità relativa al caso Englaro.

<sup>16</sup> La Corte richiama il fatto che le decisioni di cui i ricorrenti temono gli effetti sono state adottate dalla Corte di cassazione e dalla Corte d'appello di Milano con riguardo a circostanze concrete e particolari, relative ad una terza persona. Conseguentemente, secondo la Corte, se le autorità giudiziarie nazionali competenti fossero state chiamate a pronunciarsi sulla questione del mantenimento del trattamento medico dei ricorrenti, esse non avrebbero potuto non considerare né la volontà dei malati espressa tramite i loro tutori – che hanno chiaramente preso posizione in difesa del diritto a vivere dei loro congiunti –, né i pareri dei medici specialisti. Proprio come la corte di appello di Milano nel caso di E.E., le autorità giudiziarie sarebbero vincolate, nell'analisi dei fatti, dai criteri fissati dalla Corte di cassazione nella sua decisione del 4 ottobre 2007. Al riguardo, v. A. SANTOSUOSSO, *Indicazione medica v autodeterminazione: la formazione giurisprudenziale del diritto*, in D. CARUSI, S. CASTIGLIONE, G. FERRANDO (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino, 2012.

<sup>17</sup> Ad esempio, cfr. Corte EDU, Pretty, v. UK, 29 aprile 2002, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 57, Corte EDU Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, 10.6.2010 (c.302/2002); Corte EDU, Haas v. Suisse 20 gennaio 2001 (c. 3132207); Corte EDU S.H. and Others c. Austria, 1° aprile 2010 (C. 57813/00)

<sup>18</sup> Corte EDU, Pretty, v. UK, 29 aprile 2002.

<sup>19</sup> 16.12.08, sentenza di non ricevibilità, relativa alla vicenda Englaro

<sup>20</sup> Corte EDU Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, 10 giugno 2010.

<sup>21</sup> Per il passaggio da una concezione oggettiva della salute ad una soggettiva, v. Cass. pen., SU, 18 dicembre 2008- 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, 881, con nota di R. CAMPIONE, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U. penali nella prospettiva civilistica*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060, con nota di TORDINI CAGLI, *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza di consenso*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 926.

<sup>22</sup> Trib. Milano 14 maggio 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 92. E v. P. Zatti, *Rapporto medico paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.

<sup>23</sup> Corte EDU Jeovah's Witnesses of Moscow c. Russia, 10 giugno 2010

<sup>24</sup> Corte EDU GC, Evans c. Regno Unito 10 aprile 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238, con nota di BRUNETTA D'USSEAU, 8.

<sup>25</sup> Dickson c. UK 4 dicembre 2007 (nella specie il marito era in carcere e il governo inglese vietava l'accesso alle PMA. Il governo inglese viene condannato per violazione dell'art. 8).

<sup>26</sup> Costa e Pavan c. Italia, 28 agosto 2012

<sup>27</sup> Grande Chambre S. H. e altri contro Austria 3 novembre 2011 (C. n. 57813/00)

<sup>28</sup> S.H. and Others c. Austria, 1° aprile 2010 (C. 57813/00). Nella sentenza di primo grado la Corte aveva ritenuto in contrasto con il rispetto della vita privata e familiare e con il divieto di discriminazione (artt. 8, 14 CEDU) il divieto di fecondazione eterologa in vitro previsto dalla legge austriaca. L'esigenza di rispetto della vita privata, delle scelte individuali pone un limite al potere del legislatore. Ne risulta un'idea di salute che si connota specificamente in termini di "salute riproduttiva" ed un principio di autodeterminazione nelle scelte private e familiari che gli Stati debbono rispettare salvo eccezioni razionalmente fondate. La Convenzione Europea, all'art. 12, non riconosce solo il diritto al matrimonio, ma pure quello di fondare una famiglia. Per diritto di avere una famiglia bisogna intendere proprio quello di avere dei figli: le scelte riproduttive sono quindi oggetto di specifica tutela. Diritto alla famiglia ed al rispetto della vita privata impongono ai legislatori nazionali di fare un passo indietro: come dice la Corte Europea, solo ragioni molto forti possono giustificare il sacrificio delle scelte individuali.

<sup>29</sup> Si consideri il passaggio finale della pronuncia dove la Corte (nn. 117, 118) dove la Corte constata che il Parlamento austriaco non ha, a tutt'oggi, riesaminato approfonditamente le norme che regolano la procreazione artificiale alla luce dei rapidi cambiamenti della scienza e della società. E, nonostante la Corte costituzionale avesse chiarito che la materia poteva subire delle evoluzioni di cui il legislatore doveva tener conto, il Governo non ha indicato se le autorità austriache hanno dato seguito a questo aspetto della sentenza della Corte costituzionale. A questo proposito la Corte ricorda che la Convenzione deve sempre essere interpretata ed applicata alla luce delle circostanze attuali (*Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, § 47, serie A n. 106). Anche se non ha trovato alcuna violazione dell'articolo 8 nel presente caso, la Corte osserva che l'ambito in questione, che sembra essere in continua evoluzione e beneficia di sviluppi scientifici e legali particolarmente rapidi, richiede un esame permanente da parte degli Stati contraenti (*Christine Goodwin*, cit. supra, § 74, e *Stafford c. Regno Unito* [GC], n. 46295/99, § 68, CEDU 2002 IV).

<sup>30</sup> L'ordinanza fiorentina solleva la questione dell'art. 4, comma 3 della l. 40 "per contrasto con l'art. 117, c.1 Cost. in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU - come interpretato dalla sentenza della Corte EDU del 1° 4. 2010 emessa nel caso S.H. e altri contro Austria - e con l'art. 3 Cost."

<sup>31</sup> Fa osservare la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Pretty*, v. UK, 29 aprile 2002, che "in ambito sanitario, il rifiuto di accettare un trattamento particolare potrebbe, inevitabilmente, condurre a un esito fatale, ma l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente se è un adulto e sano di mente costituirebbe un attentato all'integrità fisica dell'interessato che può mettere in discussione i diritti protetti dall'art. 8, par. 1, della Convenzione" (par. 63). E v. C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, p. 139

<sup>32</sup> Haas c. Svizzera, 3.6.2011 "Dans l'affaire *Pretty* c. Royaume-Uni (n° 2346/02, § 67, CEDH 2002-III), la Cour a estimé que le choix de la requérante d'éviter ce qui, à ses yeux, constituerait une fin de vie indigne et pénible tombait dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention.

1. A la lumière de cette jurisprudence, la Cour estime que le droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu'il soit en mesure de forger librement

sa propre volonté à ce propos et d'agir en conséquence, est l'un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention.

<sup>33</sup> Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (Englario), cit.: "deve escludersi che il diritto all'autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso conseguiva il sacrificio del bene della vita"; la salute non può essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva". Di fronte ad un rifiuto "informato, autentico, attuale" "non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico". Il dovere del medico di curare, fondandosi sul consenso, cessa quando il consenso viene meno, insorgendo in seguito al rifiuto, il dovere giuridico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure". V. anche Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 170, con nota di G. CRICENTI, *Il cosiddetto dissenso informato*, relativa al rifiuto di trasfusioni da parte di testimoni di Geova, e v. già, in tema, Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1713 ed in *Danno e resp.*, 2008, p. 27, con nota di G. GUERRA. Al riguardo, v. A. PRINCIGALLI, *Decisione medica e rifiuto di cure*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 85 ss. In dottrina, con molta chiarezza, D. CARUSI, *Tutela della salute, consenso alle cure, direttive anticipate: L'evoluzione del pensiero privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 7 ss., specie p. 16.

<sup>34</sup> Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (Englario), cit.; Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, cit.; Cass. Sez. un. pen, 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.. v. Anche App. Milano 9 luglio 2008 (Englario), in *Fam. dir.*, 2008, 903 ss. con nota di R. PACIA, *Sull'interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*. Sul caso Englario, in particolare, v. F. D. BUSNELLI, *Il caso Englario in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 960.

<sup>35</sup> Con una pronuncia molto significativa, la Cassazione penale ha affermato che, ove il paziente rifiuti di essere ricoverato, la morte del paziente non può essere imputata ad omissione del medico il cui obbligo "di attivarsi nel modo più risoluto" "non può sfociare in un'azione impositiva contro la volontà della persona ammalata" Cass. pen. 21 ottobre 2005, n. 38852, Da Re.

<sup>36</sup> "Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento", approvato in prima lettura dal Senato il 26.3.2009, approvato con modifiche dalla Camera il 12 luglio 2011, ed ora nuovamente all'esame del Senato.

<sup>37</sup> Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, cit. Nel parere del CNB 24 ottobre 2008 (intitolato al "Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente medico"), una parte dei membri dell'organo consultivo ritiene che vada riconosciuta priorità all'autonomia di un paziente competente ed al consenso/dissenso da questi espresso, compresi i casi di rinuncia a trattamenti vitali. Si ritiene che sia perciò da riconoscere al paziente la possibilità di rinuncia consapevole ad una terapia, senza che tale diritto possa essere limitato per ragioni super-individuali. Altri membri del C.N.B. attribuiscono invece valore preminente ed assoluto alla tutela della vita. Nel parere si precisa ancora che: "non c'è nessuna ragione per la quale un soggetto competente debba essere privato, a causa del suo stato di malattia, del diritto di mantenere il controllo su quel che accade al suo corpo ed alla sua vita; occorre anzi sostenere la c.d. "appropriazione" della morte (e del morire) da parte del paziente".

<sup>38</sup> Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, cit. V. Corte Europea 2010 Testimoni di Geova c. Russia, cit.

<sup>39</sup> Cass. Sez. un. 13 novembre 2008, n. 27145 (Englario), che esclude la legittimazione attiva del P.M. ad impugnare la sentenza della Corte d'Appello di Milano (App. Milano 9 luglio 2008 (Englario), cit..

<sup>40</sup> P. ZATTI, *Rapporto medico paziente e integrità della persona*, cit.

<sup>41</sup> Lo hanno chiarito molto bene la Corte di Cassazione (n. 27145/2007, Englario) e la Corte costituzionale: 21 novembre 2011, n. 322, a proposito della sospensione del termine per il disconoscimento di paternità da parte di soggetto incapace di intendere e di volere.

---

# I diritti successori della filiazione naturale

---

**Andrea Fusaro**

*Professore Ordinario di Sistemi giuridici comparati, Università di Genova*

**SOMMARIO:** 1. *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il principio di eguaglianza dei figli legittimi e naturali;* 2. *L'esperienza del Belgio;* 3. *Francia;* 4. *Germania;* 5. *La situazione in Italia.*

## 1. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ed il principio di eguaglianza dei figli legittimi e naturali.

L'assimilazione della filiazione naturale alla legittima, quanto ai diritti successori nei confronti dei genitori, non trova espressa menzione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>1</sup>, ma è stata desunta dal combinato disposto degli artt. 8<sup>2</sup> e 14<sup>3</sup>, ed in particolare dall'interpretazione che ne è stata fornita dalla Corte di Strasburgo, a margine della definizione di alcune controversie<sup>4</sup>. La Cedu ha, invero, condannato ordinamenti la cui legislazione prevedeva una disciplina successoria differenziata, tale da riservare ai nati da genitori tra loro sposati maggiori diritti rispetto a quelli concessi ai figli naturali (od adulterini)<sup>5</sup>.

## 2. L'esperienza del Belgio.

La prima fattispecie sottoposta al vaglio della Corte è belga e risale al 1979<sup>6</sup>, allorché quella legislazione conteneva previsioni discriminatorie nei confronti dei figli naturali, cui era totalmente preclusa la chiamata all'eredità dei genitori<sup>7</sup>. L'attenzione su di esse fu posta verso la metà degli anni settanta del secolo scorso attraverso il ricorso della belga Paula Marckx, nubile, nell'interesse della figlia Alexandra data alla luce nel 1973 (riconosciuta ed adottata<sup>8</sup> pochi giorni dopo), onde vederle attribuire i – pieni – diritti successori nei confronti propri e dei parenti. Il ricorso fu accolto con una decisione che mosse dall'interpretazione dell'art. 8 CEDU, ove è sancito il diritto alla “vita privata e familiare”. I giudici rilevarono che la garanzia di tale diritto compete a “tutte le persone” indistintamente; sottolinearono, poi, lo stretto legame tra i diritti successori e la vita familiare, tale per cui i primi devono ritenersi ricompresi nel suo ambito; inoltre, fecero discendere il riconoscimento del diritto ad avere rapporti coi parenti più prossimi. L'art. 14 CEDU fu richiamato per sottolineare come, secondo la giurisprudenza costante della Corte, una norma sia discriminatoria laddove “difetti di giustificazione oggettiva e ragionevole”.

A seguito della condanna, il legislatore belga nove anni dopo promulgò una legge rivolta alla parificazione dei diritti successori dei figli legittimi e naturali<sup>9</sup>, tuttavia senza disporre la retroattività e – dunque – l'applicazione alle successioni aperte anteriormente alla sua entrata in vigore. Di qui prese le mosse il secondo ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>10</sup>, inoltrato dalla figlia naturale riconosciuta del signor Jérôme Vermeire, la quale alla scomparsa del genitore era stata cresciuta dai nonni paterni; venuti meno anche questi, costei era stata esclusa dalla loro successione ad

opera di alcuni cugini. La Corte di Strasburgo accolse il ricorso della Vermeire, evidenziando la contrarietà di una simile conclusione agli artt. 8 e 14 della Convenzione: dopo aver condannato l'arbitraria noncuranza dello Stato nei confronti della decisione del caso Marckx, giudicò inammissibile l'ingerenza pubblica nell'esercizio del “diritto al rispetto della vita privata e familiare”, in particolare laddove da ciò derivasse l'impossibilità di riconoscere il legame di parentela coi familiari naturali, quali sono i nonni.

Le decisioni della Corte hanno, dunque, fornito impulso al legislatore belga, senza tuttavia sortire quale effetto la produzione di una disciplina coerente, ciò che ha sollecitato successivi interventi della giurisprudenza (anche costituzionale).

## 3. Francia

È convinzione diffusa che le pronunce della Corte di Strasburgo valgano esclusivamente rispetto al concreto caso giudicato, cosicché le soluzioni non rivestono una portata generale<sup>11</sup>. Rileva, tuttavia, segnalare che l'evoluzione del diritto successorio francese è considerata come la magistrale manifestazione dell'influenza della CEDU sulle regole giuridiche interne.

La distinzione tra figli legittimi e naturali fu, invero, codificata per la prima volta proprio nel Code Napoléon; nel 1972<sup>12</sup> fu adottata un'importante riforma che aveva come scopo l'equiparazione dei figli legittimi e naturali quanto ai diritti successori. A seguito dell'adozione di questa legge, tuttavia, la distinzione – seppure abolita sul piano sostanziale – permaneva sul piano terminologico; soprattutto, rimaneva la discriminazione con riguardo ai figli adulterini<sup>13</sup>. Da ciò prese le mosse l'elaborazione del ben noto caso Mazurek, deciso dalla Corte di Strasburgo nel 2000. Figlio adulterino, alla morte della madre il signor Mazurek era stato citato in giudizio dal fratellastro che voleva dividere l'eredità materna riconoscendogli solo un quarto dell'asse. La Cassazione francese rigettò l'opposizione di Mazurek<sup>14</sup>, cosicché questi si vide costretto a rivolgersi alla Cedu, la quale accolse il ricorso, con una motivazione appoggiata all'assunto che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione (e sanciti all'art. 14) vieta il trattamento differente di fattispecie comparabili. Venne, inoltre, sottolineata l'assenza di alcuna ragione idonea a giustificare distinzioni fondate sulla nascita.

L'esito della condanna subita dallo Stato francese fu la promulgazione – l'anno immediatamente successivo – della legge 1135<sup>15</sup>, la quale ha rimosso ogni discriminazione nei confronti dei figli naturali, estendendo agli adulterini l'eguaglianza in ambito successorio<sup>16</sup>; peraltro, solo con l'ordonnance del 2005<sup>17</sup> (divenuta legge nel 2009<sup>18</sup>) è stata eliminata anche la differenza terminologica ed il riferimento alle tipologie di filiazione.

#### 4. Germania

A differenza del codice civile francese, la versione primigenia di quello tedesco non conteneva alcun riferimento alla filiazione adulterina, cosicché la discriminazione rimaneva nei confronti di tutti i figli naturali.

Nel 1949 la Costituzione della Repubblica democratica tedesca<sup>19</sup> sancì il principio della parità dei figli, a prescindere dalla circostanza che i genitori fossero o meno sposati<sup>20</sup>; nella Repubblica federale, invece, solo nel 1969 fu riconosciuta la parentela tra il figlio illegittimo ed il padre, peraltro in misura ancora parziale, dal momento che venivano esclusi coloro che alla data di entrata in vigore di quella legge avessero già compiuto ventuno anni, con disposizione la cui legittimità fu avallata dalla Corte costituzionale<sup>21</sup>. Nell'accordo di riunificazione della Germania fu previsto che, se il *de cuius* avesse avuto la sua dimora abituale nella "DDR" alla data del 2 ottobre 1990, ai figli naturali sarebbe stato riservato il medesimo trattamento di quelli legittimi, e la Corte costituzionale ne escluse ripetutamente il contrasto con i principi della Costituzione del 1949<sup>22</sup>.

Il diritto successorio tedesco è stato riformato organicamente con la legge 16 dicembre 1997, attraverso cui è stata espunta dal BGB la distinzione tra figli legittimi e naturali, anche rispetto alla successione ai genitori ed ai membri delle loro famiglie. Rimasero, tuttavia, in vigore alcune disposizioni di carattere provvisorio contenute nella legge 19 agosto 1969, in particolare il difetto di equiparazione totale ai figli legittimi di quelli naturali nati prima del 1949, anche se riconosciuti. Questa discriminazione sollecitò l'accoglimento da parte della Corte di Strasburgo di un ricorso<sup>23</sup> inoltrato dalla signora Brauer, la quale era nata nel 1948 da genitori tra loro non coniugati ed era residente nella Repubblica democratica tedesca (diversamente dal padre, che abitava nella Repubblica federale). In base alla legislazione all'epoca vigente, ella avrebbe dovuto essere esclusa dalla successione del padre naturale, ma la Corte di Strasburgo reputò la normativa contraria agli artt. 8 e 14 CEDU, adducendo le medesime motivazioni richiamate nei casi precedenti. La risposta dell'ordinamento tedesco fu la promulgazione di una legge nel 2011<sup>24</sup>, attraverso la quale è stato abrogato il riferimento alla data di nascita (specificamente, il 1949) in tutte le successioni aperte dopo l'entrata in vigore della novella; per quelle aperte in epoca precedente, invece, la retroattività è limitata<sup>25</sup>.

Attualmente in Germania i figli naturali hanno gli stessi diritti dei figli legittimi, cosicché non sussistono distinzioni tra figli legittimi e naturali riconosciuti in ordine ai diritti successori.

#### 5. La situazione in Italia

Non constano precedenti della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia in materia di diritti successori dei figli naturali e ciò rileva poiché, com'è noto, l'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte ricorre solo laddove essi siano parti delle controversie<sup>26</sup>.

Si tratta, allora, di acclarare la situazione del nostro ordinamento. Il legislatore ha recepito in maniera solo parziale i principi fatti propri dalle sopra richiamate pronunce della Corte di Strasburgo<sup>27</sup>: sopravvivono, infatti, distinzioni, specie con riguardo alle diverse modalità di accertamento del rapporto genitoriale<sup>28</sup>, al riconoscimento della parentela naturale in linea collaterale<sup>29</sup>, ai diritti successori<sup>30</sup> ed alla facoltà di commutazione accordata ai legittimi<sup>31</sup>.

È appena il caso di ricordare che il codice civile del 1942 conteneva disposizioni alquanto discriminanti nei confronti dei figli naturali ed adulterini, e che la riforma del 1975 ha soppresso il riferimento a questi ultimi, attuando la parificazione della prole (con riguardo, però, ai soli diritti succes-

sori: nulla ancora è stato fatto in merito alla parentela). Oggi, dunque, nel nostro ordinamento l'equiparazione dei figli è sancita nella successione ai genitori (art. 566 c.c.), mentre più complicata risulta l'ipotesi speculare<sup>32</sup>, qualora a succedere siano i genitori naturali<sup>33</sup>: la norma di riferimento è l'art. 578 c.c., laddove è previsto, in via autonoma, che qualora il figlio sia stato riconosciuto o dichiarato da entrambi i genitori l'eredità spetterà per metà a ciascuno di essi<sup>34</sup>.

La situazione attuale è, quindi, solo parzialmente frutto della Riforma del '75, risultando pure ascrivibile all'intervento della Corte Costituzionale: essa si è, invero, pronunciata in molteplici controversie relative a successioni ereditarie tra parenti naturali, di cui qui si dà conto in maniera sintetica. La questione di legittimità relativa all'art. 565 c.c. è stata rigettata<sup>35</sup>, confermando la preclusione per gli zii naturali a succedere al nipote<sup>36</sup>; parimenti, è stato dichiarato inammissibile il ricorso avverso il combinato disposto degli artt. 565 e 572 c.c., contestati poiché escludevano dalle categorie dei chiamati alla successione legittima i fratelli e le sorelle naturali (riconosciuti dal *de cuius*)<sup>37</sup>, precludendo la configurabilità di alcun rapporto giuridico di parentela tra i discendenti di un figlio naturale riconosciuto ed un altro figlio dello stesso genitore. Merita nondimeno dar conto della decisione resa dalla Corte nel 1990<sup>38</sup>, accogliendo il ricorso presentato da due fratelli i quali lamentavano l'esclusione dalla successione al fratello naturale deceduto senza lasciare prole, coniuge, ascendenti o parenti legittimi (entro il sesto grado)<sup>39</sup>. Se, dunque, nel 1988 ai fratelli naturali era precluso ogni diritto successorio, dal 1990 si realizza un'apertura; in difetto di parenti entro il sesto grado<sup>40</sup>.

Qualche anno più tardi la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sugli articoli 565 e 572 c.c.<sup>41</sup>, nonché sull'art. 468 c.c.<sup>42</sup>: la questione sollevata verteva sull'inserimento dei fratelli e delle sorelle naturali come terzo ordine tra ascendenti e fratelli e sorelle legittimi. I giudici hanno rigettato il ricorso, negando ai nipoti la chiamata alla successione della zia naturale<sup>43</sup>: il diffuso sentire sociale non è stato considerato sufficiente a giustificare una pronuncia favorevole, soprattutto in ragione della circostanza che un bilanciamento degli interessi eccederebbe i poteri della Corte, poiché la scelta compete in via esclusiva alla potestà del legislatore. La Corte ha operato un confronto con quanto disposto nel 1990, sottolineando che con la decisione 184/1990 era stata semplicemente introdotta una nuova categoria di successibili, ma non era stato alterato l'ordine successorio della parentela del defunto. Residua, insomma, il mancato riconoscimento della parentela naturale in linea collaterale e dei diritti successori che ne discendono<sup>44</sup>.

L'art. 565 c.c. è stato messo in discussione nuovamente nel 2000<sup>45</sup>, sotto il profilo dell'esclusione dalla successione legittima dei parenti naturali di grado corrispondente al quarto (la questione verteva, in sintesi, sulla capacità a succedere ai "cugini naturali"), ma anche in questo caso il ricorso è stato rigettato.

Da ultimo, la Corte Costituzionale si è pronunciata<sup>46</sup> sul ricorso avverso l'art. 537, III comma, c.c., reputando legittima la facoltà di richiedere la commutazione<sup>47</sup>.

Il panorama italiano potrebbe mutare nell'immediato futuro a seguito della approvazione del disegno di legge<sup>48</sup> "bipartisan" che equipara definitivamente i figli naturali ai figli legittimi. Viene, innanzitutto, modificato il concetto di parentela, fatto discendere dal vincolo che lega persone appartenenti al medesimo stipite, a prescindere dalla circostanza che la procreazione sia avvenuta all'interno del matrimonio; la proposta permetterebbe, inoltre, il riconoscimento dei figli da parte di entrambi i genitori (in maniera sia congiunta sia disgiunta) anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento, instaurando

un vincolo con tutti i parenti (nonni, zii), con conseguenze sul piano successorio.

Ad esito di tale riforma il nostro ordinamento vedrebbe, pertanto, unificato il trattamento giuridico della filiazione, anche sotto il profilo dei diritti successori, in maniera esuberante rispetto alla somma delle indicazioni espresse dalla giurisprudenza esaminata.

<sup>1</sup> In questo senso, tra gli altri, G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi nel diritto interno*, in G. IUDICA e G. ALPA (cur.), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, pagg. 131 e ss.; D. HENRICH, *La riforma del diritto di filiazione in Germania*, in S. PATTI (cur.), *Anuario di diritto tedesco*, Milano, 1998, pagg. 33 e ss.; A. DIURNI, *La riforma del quarto libro del quarto libro del BGB: il nuovo diritto di filiazione*, in S. PATTI, op. cit., pagg. 47 e ss.; in tema si segnala anche R. BIN, Art. 14, *Divieto di discriminazione*, in S. BAROLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e la salvaguardia delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pagg. 413 e ss.

<sup>2</sup> Secondo cui "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui".

<sup>3</sup> A tenore del quale: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

<sup>4</sup> Si è, peraltro, osservato che "la giurisprudenza della Corte europea, legata come è ai casi specifici che le vengono sottoposti (giurisprudenza casistica) mette sullo sfondo la regola generale e astratta (come pretende di essere la legge) rispetto all'esigenza di disciplina richiesta ed espressa dal caso concreto. La soluzione del caso non deriva tanto dall'applicazione di una regola generale ed astratta che lo precede, quanto, al contrario (per la persuasività della *ratio decidendi* e per la forza del precedente), contribuisce a creare la regola per fatti analoghi". Ne consegue che "non c'è dubbio che si è in presenza di un esempio chiaro della funzione creativa della interpretazione giudiziale, come richiamo alla dinamica del diritto da parte dei giudici del *common law*". In questo senso, V. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Foro it.*, 1, 2012, pagg. 30 e ss..

<sup>5</sup> Per una panoramica degli interventi dei legislatori europei in tema di filiazione si segnala L. BALESTRA-E. BOLONDI, *La filiazione nel contesto europeo*, in *Fam. e dir.*, 2008, pagg. 309 e ss.; ancora, F. GROSSI, *Problemi attuali della nozione di parentela e di famiglia*, in *Riv. dir. Civ.*, 2005, pagg. 661 e ss..

<sup>6</sup> Marckx c. Belgio 13 giugno 1979, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 342.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 756 del codice civile belga i figli naturali non erano eredi. L'art. 757 code civil accordava loro, però, limitati diritti ad una quota dell'asse, il cui valore era fatto dipendere dalla presenza o assenza di eredi legittimi: laddove avessero concorso alla successione assieme ad altri figli legittimi, a quelli naturali sarebbe stata destinata una quota pari solo ad un terzo di quella attribuita agli altri; la porzione sarebbe aumentata fino alla metà della quota se ci fossero stati solo ascendenti, fratelli o sorelle; infine, la somma avrebbe raggiunto un valore pari ad un terzo della quota spettante ai legittimari laddove i genitori fossero mancati senza lasciare discendenti, ascendenti, fratelli o sorelle. Ai figli naturali era riconosciuto il diritto alla totalità dei beni nel solo caso in cui non fosse stato reperibile alcun erede legittimo (art. 758).

<sup>8</sup> La legislazione belga prevedeva la necessità dell'adozione affinché fosse riconosciuto il legame di parentela tra il bambino e la madre.

<sup>9</sup> Legge 31 marzo 1987, n. 52, *Loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation*.

<sup>10</sup> Vermeire contro Belgio, 1991.

<sup>11</sup> È, peraltro, pacifica la ricerca da parte della Corte del cosiddetto "consenso europeo", la cui esistenza autorizza un intervento più incisivo nel controllo delle varie soluzioni nazionali poste, di volta in volta, alla sua attenzione: V. ZAGREBELSKY, op. cit., pagg. 30 e ss..

<sup>12</sup> Legge n. 72-3 gennaio 1972 sulla filiazione.

<sup>13</sup> L'art. 760 prevedeva, infatti, che ai figli adulterini spettasse una quota ereditaria pari alla metà di quella spettante ai figli legittimi. La norma trovava applicazione, però, solo laddove gli adulterini concorressero alla successione con i genitori o con fratelli legittimi.

<sup>14</sup> Cass. Civ. I, 25 giugno 1996, Mazurek, n. 94-14.858, in *Bull. civ. I*, n. 268; D. 1998, 453, con nota di L. BRUNET; *JCP* 1997, I, 4021, con nota di LE GUIDEC; *Dr. fam.* 1996 Comm. 26, con nota di BEIGNIER; *RTD civ.* 1996, 873, con nota di HAUSER e 1997, 542, con nota di MARTIN; *JDI* 1997, 980, con nota di DROZ: "la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et garanti sans distinction par l'article 14 de cette Convention".

<sup>15</sup> Legge 1135 del 2001 "relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adulterins et modernisant diverses dispositions de droit successoral".

<sup>16</sup> Si pensi a quanto disposto agli artt. 733 e 334 del Code: il primo sancisce il principio per cui la legge non distingue tra figli legittimi e naturali in ordine al riconoscimento dei diritti successori; il secondo ribadisce il concetto: la formulazione novellata dispone infatti che "il figlio naturale ha, nei confronti del padre e della madre, gli stessi diritti ed i medesimi doveri del figlio legittimo. Egli fa parte di diritto della famiglia dei genitori".

<sup>17</sup> *Ordonnance* del 4 luglio 2005.

<sup>18</sup> Legge numero 2009-61 del 16 gennaio 2009.

<sup>19</sup> Introdotta con legge 23 maggio 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland).

<sup>20</sup> Art. 6, V comma: "(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft. (3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. (5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern".

<sup>21</sup> BVerfG, 8 dicembre 1976 (1 BvR 810/70; 1 BvR 57/73; 1 BvR 147/76) aveva avallato la conformità della suddetta legge alla Costituzione, escludendo che il legislatore avesse ecceduto i limiti della sua discrezionalità.

<sup>22</sup> Si rinvia a A. KAPPELLER, *Figli legittimi e figli nati fuori dal matrimonio: verso la parificazione nella legislazione tedesca anche in materia ereditaria*, in <http://www.filodiritto.com>.

<sup>23</sup> Caso Brauer c. Germania, 28 agosto 2009, numero ricorso: 3545/04te

<sup>24</sup> Legge 12 aprile 2011, *Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder*, modificativa della *Nichtehelichengesetz*.

<sup>25</sup> Il naturale nato prima del 1949, infatti, laddove non abbia beneficiato di alcun diritto successorio paterno alla data del 29 maggio 2009, potrà agire in giudizio soltanto nei confronti della Federazione e dello Stato, per un ammontare pari al valore della quota legittima.

<sup>26</sup> Art. 46 della CEDU.

<sup>27</sup> Per una sintesi sui rapporti tra fonti interne e trattati si rinvia a G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2012, pagg. 34 e ss..

<sup>28</sup> Automatico nella filiazione legittima, previo riconoscimento o accertamento giudiziale in quella naturale. Si è, peraltro, osservato che la riforma del 1975 ha dato maggiore rilevanza, rispetto al passato, al cosiddetto *favor veritatis*, rimuovendo quasi tutti gli ostacoli che impedivano l'accertamento della derivazione biologica: T. AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazione sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2005, 3, pagg. 405 e ss..

<sup>29</sup> Artt. 74 e ss. c.c..

<sup>30</sup> Artt. 566 e s.s. c.c..

<sup>31</sup> Art. 537, terzo comma., c.c.

<sup>32</sup> Tra gli altri, G. FERRANDO, *La successione del genitore naturale. Problemi di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1985, I, 2, c. 184.

<sup>33</sup> Cosicché, nei fatti, con la Riforma del 1975 il legislatore ha reso “impercettibile la differenza tra figli legittimi e naturali nei rapporti rispetto ai genitori, mentre ha rigidamente circoscritto l’ambito rilevante della parentela naturale sul versante successorio” (F. PADOVINI, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, in *Riv. not.* 2008, 5, pagg. 1007 e ss.). L’art. 568 c.c. prevede, infatti, che “a colui che muore senza lasciare prole, né fratelli o sorelle o loro discendenti, succedono il padre e la madre in eguali porzioni, o il genitore che sopravvive”. Il presupposto della norma sembra essere il rapporto di filiazione legittima, d’altra parte le stesse norme del codice civile dedicate alla successione *ex lege* supportano questa ricostruzione: a titolo meramente esemplificativo, si pensi all’art. 565 c.c., che dispone che l’eredità si devolve - tra gli altri - ai “discendenti legittimi e naturali” ed agli “ascendenti - purché - legittimi”; ancora, si pensi alla rubrica dell’art. 582 c.c., clamorosamente dedicata al “concorso del coniuge con ascendenti legittimi, fratelli o sorelle” (questi ultimi “anche se unilaterali”).

<sup>34</sup> Si sottolinea che la tendenziale equiparazione dei figli naturali e legittimi, quanto ai diritti successori, imporrebbe un eguale trattamento in favore dei genitori legittimi e naturali: G. FERRANDO, *La successione del genitore naturale. Problemi di legittimità costituzionale*, cit., c. 184.

<sup>35</sup> Sollevata nella parte in cui escludeva “dalla categoria dei chiamati alla successione legittima, in mancanza di altri suscettibili e prima dello stato, gli zii naturali riconosciuti del *de cuius*”. Le norme che si reputavano violate erano gli artt. 3 e 30, III comma, Cost.. Il ricorso fu rigettato, da un lato, sulla scorta del ragionamento per cui la lagnanza dei ricorrenti sottintendeva la richiesta di una pronuncia additiva con la quale si desse ingresso nell’ordinamento ad una norma capace di collegare lo status di figlio naturale a quello di famiglia legittima; dall’altro, la tutela offerta ai figli naturali dall’art. 30 Cost. fu circoscritta al solo rapporto col genitore la cui paternità o maternità fosse stata accertata.

<sup>36</sup> C. Cost. 24 marzo 1988, n. 363.

<sup>37</sup> C. Cost. 6 dicembre 1988, n. 1074.

<sup>38</sup> C. Cost. 12 aprile 1990, n. 184 (estensore il professor Mengoni), in *Giust. Civ.* 1990, I, 2240, con nota di E. PEREGO, *La successione tra fratelli naturali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1990*; in *Nuove Leggi civ. comm.* 1990, pag. 1452 con nota di M. COSTANZA, *Fratelli naturali: successione solo senza il concorso con parenti legittimi*; in *Rass. dir. civ.* 1991, pag. 4222 con nota di F. PROSPERI, *L’incerto incedere della Corte Costituzionale nei confronti della parentela naturale*.

<sup>39</sup> Il ragionamento dei giudici si è sviluppato, in primo luogo, attraverso l’interpretazione degli articoli 3 e 30 Cost.: richiamando quanto già in precedenza affermato, la Corte ha osservato che il terzo comma dell’art. 30 Cost. “non impartisce un comando immediato di parificazione”, ma costituisce, piuttosto, “norma ispiratrice di un orientamento legislativo a favore dei figli naturali”. Coordinato con il principio di ragionevolezza sancito all’art. 3 Cost., il limite alla discrezionalità legislativa è stato così individuato nel “ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco” e nel contemperamento con “altri principi di pari o maggior peso”. I giudici hanno quindi escluso che vi fossero ragioni idonee a giustificare la discriminazione denunciata, mancando altri successibili entro il sesto grado oltre allo Stato, ed hanno considerato che una simile

lettura avvantaggiasse pure i figli legittimi del genitore che ha riconosciuto il figlio naturale poiché (in mancanza di altri successibili) anch’essi potrebbero pretendere l’eredità lasciata dal fratello naturale. Merita, peraltro, richiamare la considerazione secondo cui la chiamata all’eredità non passa soltanto attraverso la parentela: la Consulta ha infatti osservato che “il criterio tradizionale per cui i titoli di successione *mortis causa* sono individuati nella sfera dei rapporti familiari del defunto non è assoluto. Il sistema delle successioni a causa di morte ha conosciuto e conosce diritti successori direttamente collegati al fatto naturale della consanguineità”. Nel 1990, dunque, la Corte ha aggiunto un argomento ulteriore rispetto a quanto già affermato a proposito dell’art. 87 c.c. nel 1979, quando (“seppure ad altri fini”, come evidenziato dagli stessi giudici) la Corte ha riconosciuto che la norma attribuisce una - minima - rilevanza alla parentela naturale collaterale (C. Cost. 4 luglio 1979, n. 55). In dottrina, la possibilità di succedere ai parenti naturali è, d’altra parte, sostenuta anche in ragione “dell’indebolirsi dell’istituto del matrimonio e dalla privatizzazione delle relazioni familiari” (M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, pagg. 811 e ss.): come è stato osservato, «marriage isn’t really the important issue, children are» (H.D. KRAUSE, *Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex - Or Not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 34, 2000, pag. 271).

<sup>40</sup> Al riguardo si rinvia a C.M. BIANCA, *Dove va il diritto di famiglia?*, in *Famiglia*, 2001, 1, pagg. 3 e ss.;

<sup>41</sup> Nella parte in cui “escludono la successione dei fratelli naturali in mancanza di membri della famiglia inteso in senso stretto”.

<sup>42</sup> Nella parte in cui “non ammette i discendenti di fratello o sorella naturale del *de cuius* a rappresentare il genitore che non può o non vuole accettare l’eredità”.

<sup>43</sup> C. Cost. 7 novembre 1994, n. 377.

<sup>44</sup> Nonostante i ripetuti appelli della dottrina: per tutti, M.C. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2000, pag. 2743; dello stesso A., *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*, ivi, 2001, pag. 598.

<sup>45</sup> C. Cost. 23 novembre 2000, n. 532, in *Fam. dir.*, 2001, pag. 363, con nota di G. FERRANDO; in *Giust. civ.*, 2001, I, pag. 591, con nota di M. C. BIANCA, *I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua*.

<sup>46</sup> C. Cost. 18 dicembre 2009, n. 335. C, in *Fam. e dir.*, 2010, pag. 339, con nota di A. ASTONE, *La Corte costituzionale e la dinamica evolutiva dei rapporti sociali: il diritto di commutazione non sarebbe anacronistico*.

<sup>47</sup> Si legge infatti che: “Non è fondata, in riferimento agli artt. 3 e 30 comma 3 cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 537 comma 3 c.c. La scelta del legislatore di conservare in capo ai figli legittimi la possibilità di richiedere la commutazione, condizionata dalla previsione della facoltà di opposizione da parte del figlio naturale e dalla valutazione delle specifiche circostanze posta a base della decisione del giudice, non contraddice l’aspirazione alla tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali, giacché non irragionevolmente si pone ancor oggi (quale opzione costituzionalmente non obbligata né vietata) come termine di bilanciamento dei diritti del figlio naturale in rapporto con i figli membri della famiglia legittima”.

<sup>48</sup> N. 2519: *Modifiche al codice civile in materia di riconoscimento e di successione ereditaria dei figli naturali*.



